GUSTAVO **CIVES SEABRA**

Manual de DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

- Noções Gerais
- Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90
- SINASE - Lei 12.594/12

PREFÁCIO
GUILHERME FREIRE DE MELO BARROS

2020

Dedico esse livro aos meus pais, Manuel e Cecília; aos meus irmãos – Adriano e Silvia – e à minha esposa, Luciana. Agradeço todos os dias a família que tenho.

Menção especial devo fazer aos meus filhos – Guilherme e Isabel – que me apresentaram uma forma de amor que eu nunca imaginei existir.

APRESENTAÇÃO

A tarefa de escrever um livro e abordar assuntos tão delicados como os tratados no Direito da Criança e do Adolescente sempre me chamou a atenção. Muitas vezes é comum vermos a falta de material de estudo sobre tema tão importante. Por isso fiquei extremamente feliz quando a editora CEI, por meio do professor Caio Paiva, me conferiu a oportunidade de trabalhar o assunto.

A responsabilidade é enorme e não esqueci disso em nenhuma linha da obra. Busquei o máximo de informações bibliográficas e jurisprudenciais – inclusive da CIDH – para apresentar ao leitor um trabalho completo e que sirva a qualquer fim: prática da advocacia, concursos públicos para todas as carreiras ou mesmo pesquisas acadêmicas.

Fiz questão de me posicionar em temas sensíveis e deixei claro em alguns momentos que minha posição é isolada. Assim, o leitor saberá exatamente qual é a posição adotada e qual é a do autor.

Observação importante deve ser feita: o livro é um Manual! Logo, matérias que são tratadas de forma separada no ECA foram agrupadas no estudo, pois dessa forma fica mais fácil compreender o Direito da Criança e do Adolescente como um sistema e não como um aglomerado de dispositivos legais nem sempre compatíveis entre si.

Dividi a obra em 3 partes: a primeira trata das noções gerais; a segunda do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a terceira do SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei 12.594/12) . Portanto, a abordagem buscou ser completa.

Preciso agradecer imensamente a algumas pessoas que foram fundamentais nesse trabalho: ao professor Caio Paiva por ter me dado essa oportunidade e ao professor Guilherme Freire de Melo Barros que foi um dos primeiros Defensores Públicos[1] a escrever sobre a matéria. À minha esposa Luciana preciso agradecer eternamente porque seu incentivo e compreensão com a minha ausência demonstram que casei com a pessoa certa. Aos Defensores Públicos Tadeu Valverde e Giancarlo Vay que me proporcionaram opiniões sempre abalizadas em relação a temas polêmicos. Por derradeiro, aos alunos dos cursos que participo. No curso Fórum, SupremoTv, FESUDEPERJ, AMPERJ e FGV tenho encontrado grandes mentes que pensam o Direito e não simplesmente reproduzem fórmulas prontas. Meu aprendizado com vocês é enorme. Aprendi e fiz (faço!) amigos dando aula. Isso não tem preço. Muito obrigado!

Deixo aqui meu contato de redes sociais. No Instagram busquem o @gustacives . Criei também um canal de Telegram exclusivamente jurídico; apresento atualizações legislativas, jurisprudenciais e realizo treinamento de questões. Basta procurar o @ estudecomgustavocives.

Espero que gostem e estou aberto a sugestões!

Gustavo Cives Seabra

Rio de Janeiro, janeiro de 2020.

---

1 Atualmente o professor Guilherme Barros integra a procuradoria do Estado do Paraná.

PREFÁCIO

Certa vez li um prefácio escrito pelo Professor Cassio Scarpinella Bueno para um livro do Professor Marcelo Abelha Rodrigues. O Prof. Cassio brincou um pouco com a ideia de que prefaciar o livro de uma pessoa de quem somos próximos é sempre difícil. Ao final, o Prof. Cássio encerra se qualificando como 'amigo do Prof. Marcelo Abelha'.

Eu começo pelo fim... sou amigo do Gustavo Cives Seabra. E, sim, prefaciar o livro de um amigo é muito difícil. Conheci o Gustavo quando estávamos estudando para concurso, na Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, em 2006. Fizemos juntos o concurso para a Defensoria Pública do Espírito Santo e passamos. Tomei posse em 2006, ele um pouco depois, quando eu já estava me transferindo para a Procuradoria Geral do Estado do Paraná. A maior parte dos meus dois anos como Defensor Público foram de atuação nos Juizados da Infância e da Juventude; foi ali que tive o primeiro contato direto e imediato com o direito infanto-juvenil e com as agruras de lidar com tema tão sensível às famílias e à sociedade brasileira como um todo.

Em 2008, após convite do querido Leonardo Garcia, publiquei meu primeiro livro sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – outros vieram depois. O objetivo sempre foi levar conhecimento, explorar assuntos, pensar criticamente.

Depois, conversando com o Gustavo, ele me falou sobre a vontade de escrever e dar aulas. Acho que todo professor vive para abrir portas e janelas a outras pessoas – não necessariamente alunos, mas sim colegas de pesquisa. Saber do interesse do Gustavo foi pra mim a possibilidade de abrir uma janela a uma pessoa séria, ética, dedicada e muito querida. Desde então, este já é o terceiro livro deste dedicado pesquisador e professor.

Agora empossado na Defensoria Pública do Rio de Janeiro, Gustavo segue sua pesquisa para examinar, cada vez com mais profundidade e senso crítico, o universo do direito das crianças e adolescentes. E este livro é, sem dúvida, seu trabalho de maior fôlego.

Dividido em três partes, o livro examina o direito infanto-juvenil desde a perspectiva internacional, avança pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e alcança o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase. O trabalho de pesquisa é esmerado, com inúmeras referências doutrinárias e jurisprudenciais. A leitura do livro nos permite extrair todo o modelo de pensamento do Superior Tribunal de Justiça acerca dos institutos do direito infanto-juvenil.

O que o leitor tem em mãos é um curso atual e moderno sobre o Direito da Criança e do Adolescente. Tenho certeza que em alguns anos veremos este livro sendo adotado como referência bibliográfica de inúmeras faculdades de direito do Brasil, além de ser citado como fonte doutrinária em muitos acórdãos no Judiciário.

Vida longa ao querido amigo Gustavo Cives Seabra, para que siga nos brindando

com seus ensinamentos.

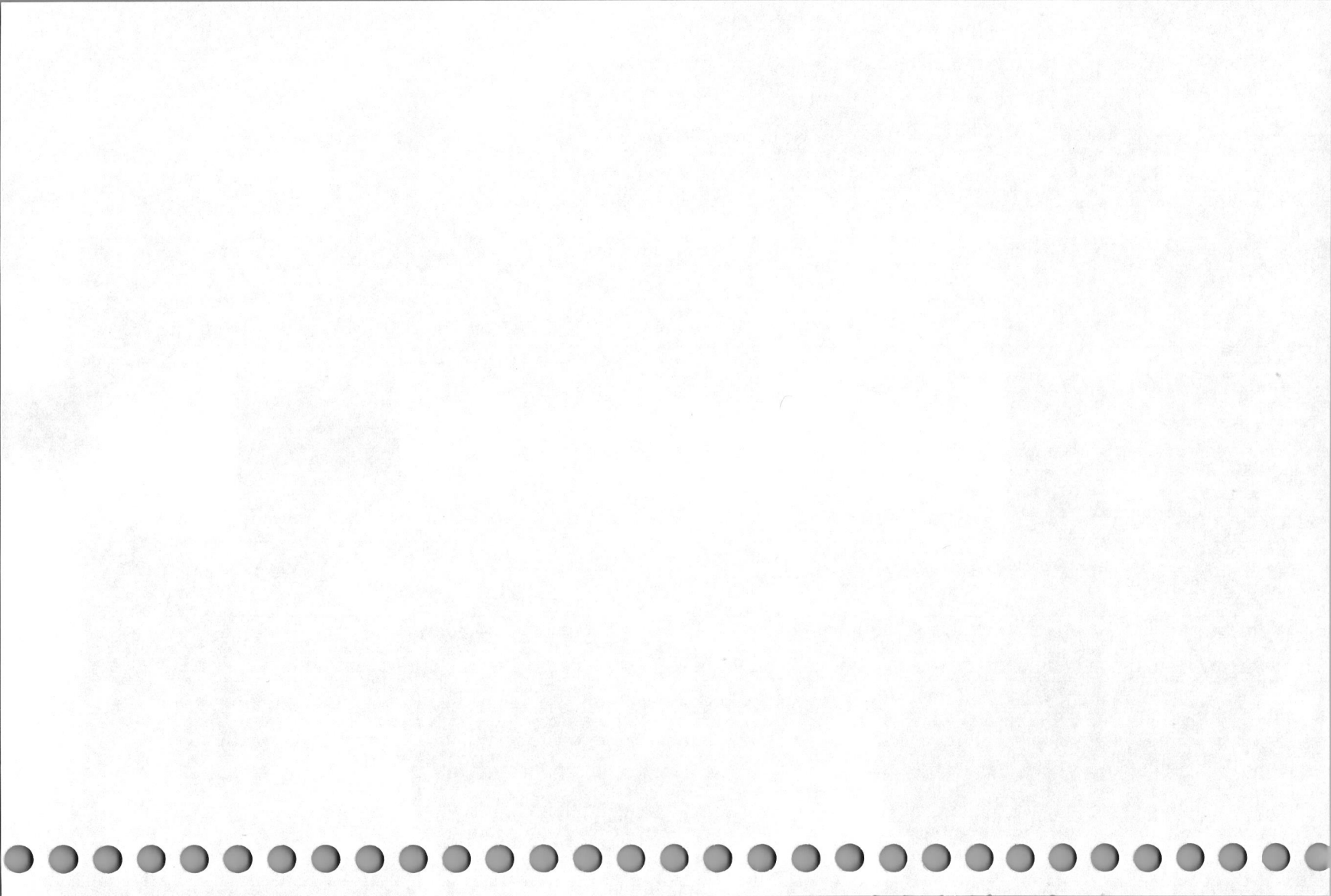
Aos leitores, que desfrutem a leitura!

Curitiba, dezembro de 2019.

Guilherme Freire de Melo Barros
Professor da PUC-PR
Procurador do Estado do Paraná
Mestre em Direito pela PUC-PR
LL.M. em Contratos Internacionais pela Universidade de Turim, Itália

SUMÁRIO

Primeira Parte

Noções Gerais

CAPÍTULO 1 - DIREITO INTERNACIONAL DA CRIANÇA E ADOLESCENTE ....

1 - Introdução:

Quando se inicia o estudo do Direito da Criança e Adolescente há contato com diversas normativas, nacionais e internacionais, que preveem direitos e estipulam obrigações. Essa ampla regulamentação não foi fruto da conveniência e bondade das classes dominantes, mas sim reação a erros e tratamentos degradantes conferidos à infância e adolescência.

Existem diversos pontos históricos importantes a serem considerados. A revolução industrial inglesa é uma delas. Desenvolvida entre os séculos XVIII e XIX, uma de suas características foi a migração do campo para as cidades e o uso de mão de obra infantil.

O trabalho de crianças já era uma realidade, porém, isso ocorria no âmbito familiar e na zona rural, o que levava a uma atividade sem o desgaste da indústria. A revolução industrial trouxe o trabalho repetitivo, exaustivo, com alta carga horária, baixo salário, sendo certo que crianças não apresentavam qualquer capacidade de reivindicar seus direitos.

Como reação a essa realidade "deflagraram-se vários movimentos sociais em que se pleiteava, principalmente, a redução das horas trabalhadas e da idade mínima para o trabalho, além das melhorias nas condições de trabalho de modo geral", sendo certo que o resultado dessas reivindicações foi a "criação da Organização Internacional do Trabalho, que, de uma só vez, aprovou seis convenções. Destas, duas delas são direcionadas à proteção dos interesses de crianças."[2]

Outro ponto que chama a atenção é o caso da menina Mary Ellen – ocorrido em Nova York, no ano de 1874 - que estava seriamente doente em virtude de maus tratos, permanecendo acorrentada a uma cama e alimentada a pão e água.

Por não existir norma legal que respaldasse a defesa da criança, a legislação invocada foi a de proteção de animais, argumentando-se que a menina não seria menos que um cachorro ou um gato, sendo membro do reino animal.[3]

Abordando esse assunto, Mendez assinala que "a primeira intervenção do Estado, no caso de uma criança vítima de maus-tratos por parte dos pais, foi não apenas tardia como também ironicamente premonitória. Em 1875, num caso de grande repercussão na imprensa e na opinião pública, a menina Mary Ellen, de 9 anos de idade, foi retirada da guarda de seus pais por autoridades judiciais. A instituição que ativou o caso foi a 'sociedade para a proteção dos animais', de Nova York. Este fato coincide com a criação da 'sociedade de Nova York para a Prevenção da Crueldade Contra Crianças."[4]

---

[2] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo – 9 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40.

[3] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 27.

[4] MENDEZ, Emílio Garcia. Das necessidades aos direitos – São Paulo: editora Malheiros, 1994, p.17.

Como consequência, em 1899, foi instituído o primeiro Tribunal de Menores.[5]

Dessa forma se deu início à criação dos chamados "Tribunais de Menores", que era a terminologia adotada à época. Como arremata Mendez "inexistentes até o século XIX, com exceção de Illinois, em 1930, os tribunais de menores constituem realidade em número considerável de países. Assim, e para dar apenas uns poucos exemplos, os tribunais de menores foram criados em 1905 na Inglaterra, em 1908 na Alemanha, em 1911 em Portugal e na Hungria, em 1912 na França, em 1922 no Japão, em 1924 na Espanha. Na América Latina, por sua vez, foram criados em 1921 na Argentina, em 1923 no Brasil, em 1927 no México e em 1928 no Chile."[6]

Esse breve panorama evidencia que a luta pelos direitos infanto juvenis não é e nunca foi tarefa fácil. Justamente por esse motivo surgiram diplomas internacionais buscando normatizar direitos desses seres humanos que se encontram em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

A seguir teceremos breves comentários das principais normativas internacionais sobre o assunto.

2 - Declaração dos Direitos da Criança – 1959:

A primeira observação que se faz ao comentar a Declaração dos Direitos da Criança é um alerta ao leitor: essa declaração não deve ser confundida com a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Por outro lado, é inegável que a Declaração formou base para a Convenção sobre os Direitos das Crianças.

A Declaração em análise representa uma enunciação de direitos que veio para especificar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

O documento consiste em dez princípios. Logo no primeiro princípio é definido que os direitos outorgados na Declaração se aplicam a toda em qualquer criança, "sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição." Seguindo a evolução no trato da matéria vemos que ao buscar sua aplicação a todas as crianças, a Declaração representou um "marco fundamental no ordenamento jurídico internacional relativo aos direitos da criança que irá evoluir, no final da década de oitenta, para a formulação da Doutrina da Proteção Integral."[7]

Também foi estipulada a proteção especial, com atenção ao interesse superior da criança. O princípio VIII indica que as crianças devem "figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio."

O direito à alimentação, moradia e assistência médica não foram esquecidos. Nesse

---

[5] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág.28.

[6] MENDEZ, Emílio Garcia. Infância e cidadania na América Latina – São Paulo: editora Hucitec, 1998, pág. 52.

[7] RICHTER, Daniela. VIEIRA, Gustavo Oliveira. TERRA, Rosane Mariano da Rocha Barcelos. A proteção internacional da infância e juventude: perspectivas, contextos e desafios. In PES, João Hélio Ferreira (coord.). Direitos Humanos crianças e adolescentes. 1 ed. – Curitiba: Juruá, 2010, pág. 51.

passo, é estabelecido igual direito às mães, que receberão cuidados especiais e alimentação no pré e pós natal.

Como consequência da integralidade de abrangência da Declaração (conforme princípio I), o princípio V estipula que "a criança física ou mentalmente deficiente ou aquela que sofre de algum impedimento social deve receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais que requeira o seu caso particular."

Outros direitos como previdência, educação gratuita e lazer foram mencionados. Além disso, tratou-se da proteção contra o abandono e exploração do trabalho.

De especial relevância é o contido no princípio VI que cuida do direito ao amor e à compreensão. De acordo com essa enunciação, "a criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade". Seguindo nesse mesmo princípio, a Declaração traz o que hoje é amplamente aceito, que é o princípio da prevalência da família natural/excepcionalidade da colocação em família substituta, adotado no artigo 19 do ECA. De acordo com a Declaração, "sempre que possível [a criança], deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe."

Por fim, é preciso ressaltar que "os direitos estabelecidos na Declaração são considerados como princípios programáticos ou de natureza moral, que não representam obrigações para os Estados, propondo, apenas, sugestões de que os Estados poderão utilizar-se ou não. Portanto, a Declaração em comento, abriu novos caminhos para novas conquistas, e influenciou o surgimento de outros documentos em prol dos infantes, mas não possui uma maneira de conduzir seus signatários a faticamente aplicar seus princípios. Trata-se, na verdade, de uma orientação no plano dos direitos da criança e do adolescente que em muito contribuiu para a formação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes de 1989, que será retomada na sequência deste."[8]

3 - Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) – 1985:

As regras de Beijing tratam de princípios, normas de investigação e outras normativas relacionadas ao processamento de jovens que tenham cometido atos penais (ou atos infracionais na terminologia brasileira).

Sua estrutura é dividida em seis partes: Primeira parte – princípios gerais; Segunda parte – investigação e processamento – Terceira parte – decisão judicial e medidas; Quarta parte – tratamento em meio aberto; Quinta parte – tratamento institucional; Sexta parte – pesquisa, planejamento e formulação de políticas e avaliações.

O objetivo dessas regras foi claro: buscar a especialização da justiça da infância e juventude em matéria de atos ilícitos.

Diversos dispositivos foram adotados pela legislação nacional.

O enfoque de proteção do assim chamado "jovem infrator" (item 2.2) resta indu-

---

[8] RICHTER, Daniela. VIEIRA, Gustavo Oliveira. TERRA, Rosane Mariano da Rocha Barcelos. Op. Cit. pág. 51.

vidoso no item 1.2 ao afirmar que "os Estados Membros se esforçarão para criar condições que garantam à criança e ao adolescente uma vida significativa na comunidade, fomentando, durante o período de idade em que ele é mais vulnerável a um comportamento desviado, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação o mais isento possível do crime e da delinquência." Tal normativa confere especial relevo à inclusão social como forma de afastar jovens das condutas desviadas.

Tamanha a importância do tratamento de jovens que o item 1.4 classifica a Justiça da Infância e da Juventude como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país.

Merece destaque também o item 2.1 ao narrar que as "regras mínimas uniformes que se enunciam a seguir se aplicarão aos jovens infratores com imparcialidade, sem distinção alguma, por exemplo, de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição." Vale lembrar que a Declaração dos Direitos das Crianças possui normativa similar logo no princípio de número I.

Nas Regras fica clara a vontade de atender às peculiaridades dos "jovens infratores" quando se prevê a necessidade de que em cada jurisdição nacional haja esforços para promulgar um conjunto de leis, normas e disposições aplicáveis especificamente aos jovens infratores" (item 2.3). No Brasil podemos citar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei do SINASE (Lei 12.594/12) como normas específicas para adolescentes que cometeram atos infracionais.

O devido processo legal é citado nas Regras de Beijing quando se enumeram garantias básicas como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior (item 4.1). Essa disposição, que parece básica, em essência se reveste de suma importância. Isso porque não é raro perceber em julgamentos a sustentação de que as chamadas medidas socioeducativas refletem, única e exclusivamente, uma maneira de auxílio ao adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional. Tal mentalidade – que se esquece do caráter também sancionatório da medida, ao qual nos debruçaremos no momento oportuno – cria margem a "simplificações" inaceitáveis ao devido processo legal.

Como exemplo legal da violação desse preceito (e de vários outros!) temos o artigo 114, PU do ECA, que dispõe: "a advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e *indícios suficientes da autoria*". Apesar da advertência representar uma medida branda, sua natureza de medida socioeducativa não deveria admitir a redução da presunção de inocência.

O item 8.2 afirma que "não se publicará nenhuma informação que possa dar lugar à identificação de um jovem infrator", o que foi corroborado pelo ECA no artigo 143.

Passando à segunda parte do documento que trata da investigação e processamento, é interessante mencionar o item 10.2 ao prever que "o juiz, funcionário ou organismo competentes examinarão sem demora a possibilidade de pôr o jovem em liberdade." Na mesma linha das Regras está o ECA quando afirma a necessidade de examinar-se desde logo a possibilidade de liberação do adolescente que foi apreendido (art. 107, PU).

Seguindo para a terceira parte vemos a preocupação em tornar excepcional a "institucionalização" dos jovens, com vedação à pena de morte (itens 19 e 17.2).

Normativa importante está contida no item 21.2, nesses termos: "os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subsequentes que envolvam o mesmo infrator." Contrária a essa orientação está a jurisprudência do STJ ao admitir que seja decretada a prisão preventiva do adulto com fundamento no cometimento de atos infracionais à época da adolescência.[9]

A quinta parte das Regras de Beijing cuida do tratamento institucional. No Brasil a Lei 12.594/12 – Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) se debruça sobre tema.

Nessa parte, as regras dispõem que "os jovens institucionalizados serão mantidos separados dos adultos e serão detidos em estabelecimentos separados ou em partes separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos." A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso "Bulacio vs Argentina" de 2003 assentou que "para proteger os direitos das crianças detidas, especialmente seu direito à integridade pessoal, é indispensável que sejam separados dos adultos."[10] [11]

A previsão de entidade exclusiva para adolescentes está prevista no artigo 123 do ECA, sendo certo que o STJ confere proteção maior que aquela estipulada nas Regras de Beijing. Com efeito, enquanto o diploma internacional admite a institucionalização em "partes separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos", o STJ exige que não haja adolescentes e adultos na mesma entidade, mesmo que existam partes diferentes.[12]

Por fim, a sexta parte se refere à realização de pesquisas.

O levantamento de dados é fundamental para obter um diagnóstico do sistema de justiça juvenil em que se busca o aprimoramento constante. É o que ocorre, por exemplo, nas avaliações periódicas da implementação dos Planos de Atendimento Socioeducativo, com previsão legal no artigo 18 da Lei do SINASE.

Por esses pequenos comentários é possível ver a importância do diploma internacional, pois teve inegável influência na edição das leis brasileiras que cuidam do assunto.

Vale destacar que o objetivo inicial das Regras de Beijing foi conferir a especialização da jurisdição pela prática de ilícitos por adolescentes, mas o sucesso da iniciativa fez com que "a Justiça da Infância e da Juventude passasse a conhecer também de matérias que não só atos ilícitos penais praticados pelos jovens, consolidando-se como juízo privativo das causas que tenham por objetivo a promoção de seus direitos." Nessa linha, "o Estatuto da Criança e do Adolescente já adotou sistema no qual o Juízo da Vara de Infância

---

9 RHC 63.855/MG, rel. Min Néfi Cordeiro, relator para o acórdão Min. Rogério Schietti Cruz

10 PAIVA, Caio. Direito da Criança e do Adolescente: Jurisprudência resumida e separada por assunto do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Comitê da ONU sobre Direitos da Criança. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, pág. 137.

11 Quando organismos internacionais se referem à "criança" sua acepção é ampla e não tem relação direta com os conceitos de criança e adolescente exposto no artigo 2° do ECA.

12 HC 180.595/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011.

e da Juventude é competente para conhecer não só de atos ilícitos penais, mas também de outras causas, como, por exemplo, de ações civis públicas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais."[13]

4 - Convenção sobre os Direitos da Criança (1989):

A Convenção sobre os Direitos da Criança é o "tratado internacional de proteção de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações"[14]. Em 2017 a Convenção já contava com 196 partes, incluindo a Santa Sé e o Estado da Palestina. Os EUA não a ratificaram.[15]

A promulgação no Brasil se deu em 21 de novembro de 1990 (portanto, é posterior à vigência do ECA), por meio do Decreto 99.710/90. Trata-se de norma incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Sua aprovação pelo Congresso Nacional não seguiu o rito das Emendas Constitucionais e, por isso, não possui tal força hierárquica, conforme faculta o artigo 5°, § 3° da CRFB. Diga-se, porém, que a possibilidade de tratados e convenções internacionais terem reconhecido o status constitucional foi incluído expressamente com a EC 45/04, ou seja, muito tempo após a promulgação da Convenção em análise.

Todavia, seguindo a orientação do STF[16], esse diploma internacional, por versar sobre direitos humanos e não ter adotado o quórum qualificado das Emendas Constitucionais, tem hierarquia supralegal. Em outras palavras: está acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição.

Cabe deixar claro que "a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU representou grande avanço no atinente à proteção dos direitos humanos de crianças, principalmente pela adoção da doutrina da proteção integral, por meio da qual esses seres humanos passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos."[17]

Como consequência, o Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser modificado para adotar doutrina diferente da proteção integral como, por exemplo, retornar à doutrina da situação irregular. Esse expediente afrontaria a Convenção que é norma supralegal. É claro que haveria afronta também 227 da CRFB que, a nosso sentir, fez opção clara pela doutrina da proteção integral.

A base da Convenção é o "princípio de que a criança necessita de proteção especial, em razão de sua falta de maturidade física e mental. É nesse sentido que emerge outro princípio basilar da Convenção e de todo o universo jurídico relativo à criança: o de que toda e qualquer ação pública ou privada relativa à criança deve se orientar primordialmente pelo princípio dos interesses superiores da criança (art. 3)."[18]

---

[13] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 50.

[14] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 50.

[15] RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos – 5 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 239.

[16] RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

[17] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 53.

[18] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 1 ed. Salvador: editora Juspodivm, 2009, pág. 672.

Logo no primeiro artigo a Convenção traz disposição que merece cuidado: de acordo com o texto "considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes". Assim, não há coincidência entre o conceito de criança presente na Convenção e a classificação de criança e adolescente prevista no artigo 2° do ECA.

Seguindo esse raciocínio, todas as vezes que a Convenção utilizar o termo "criança" o leitor deve entender que abrange todos que ainda não completaram 18 anos, o que corresponde no Brasil à união dos conceitos de criança e adolescente.

Algumas observações envolvendo as idades devem ser feitas:

a. O artigo 1° da Convenção trata como criança todo aquele com menos de 18 anos, mas admite que o ordenamento interno preveja o alcance da maioridade anteriormente;

b. Apesar disso, o artigo 37.a estabelece que "não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade". Aqui, diferente do item anterior, não se faz ressalva do ordenamento interno prever de maneira diversa;

c. Em caso de conflito armado "os Estados Partes adotarão todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades"(artigo 38.2);

d. Por fim, "os Estados Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas. Caso recrutem pessoas que tenham completado quinze anos, mas que tenham menos de dezoito anos, deverão procurar dar prioridade aos de mais idade" (artigo 38.3).

Um quadro ajudará a fixar as idades específicas tratadas na Convenção:

IDADES NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA	
Criança – art. 1° da Convenção	**Toda pessoa com menos de 18 anos a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.**
Vedação à pena de morte ou prisão perpétua sem possibilidade de livramento (art. 37.a)	**Pessoas com menos de 18 anos.**
Conflito armado: necessidade do Estado tomar medidas para a pessoa não participar diretamente das hostilidades	**Menos de 15 anos.**
Abstenção para recrutamento nas forças armadas	**Menos de 15 anos.**

Seguindo a linha do Princípio I da Declaração dos Direitos das Crianças, a Convenção prevê no artigo 2.1 que "os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais."

Dispositivo interessante é o contido no artigo 7.1 que estipula o registro imediato da criança, desde o momento que nasce e com direito a nome e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

O ECA trata da regularização do registro civil e dispõe que à falta de registro anterior o assento será feito à vista dos elementos disponíveis.[19]

A combinação desses dispositivos não dá margem à discricionariedade da autoridade judicial. Não cabe negar direito a registro de nascimento por eventuais dúvidas relacionadas à data e local do parto, bem como nome dos pais. Inexistentes esses dados deve mesmo assim o registro ser lavrado com as informações obtidas, mesmo que mínimas.

4.1) Comitê para os Direitos da Criança:

A Convenção constituiu o Comitê para os Direitos da Criança que visa apurar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes (art. 43).

A fiscalização e transparência na execução das normas da Convenção fazem do Comitê um órgão de suma relevância para a efetivação do diploma.

É importante ressaltar que o Comitê não se restringe à fiscalização das normas da Convenção, "abrangendo também o acompanhamento da aplicação das normas do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados e do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil."[20] Os protocolos listados foram ratificados pelo Brasil. O Comitê também monitora o cumprimento do terceiro protocolo facultativo à Convenção, que trata das petições individuais ao próprio Comitê, mas esse ainda não foi incorporado ao ordenamento brasileiro.

O Comitê trabalha por meio de relatórios recebidos pelos próprios Estados Partes e também "recebe informes de organizações não governamentais que apresentam o chamado 'relatório sombra' (*shadow report*), que busca revelar criticamente a real situação dos direitos da criança naquele país. Após, o Comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, emitindo relatório final contendo recomendações, sem força vinculante ao Estado."[21]

Portanto, o Comitê exerce função primordial para o cumprimento dos direitos das crianças, servindo como um órgão fiscalizador da aplicação da Convenção.

---

[19] Art. 102, § 1° do ECA.

[20] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Op. cit. pág. 690.

[21] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. pág. 407.

4.2) Protocolos facultativos:

Há protocolos facultativos à Convenção, são eles: o protocolo relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados, promulgado no Brasil por meio do Decreto 5.006 de 8 de março de 2004; protocolo referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, promulgado no Brasil por meio do Decreto 5.007 de 8 de março de 2004; e, o protocolo "relativo aos Procedimentos de Comunicação, aberto a ratificações somente a partir de fevereiro de 2012, que cria um direito de petição das vítimas ao Comitê para os Direitos das Crianças. Em 2017, possui 34 Estados partes. Este 3° Protocolo já foi submetido e aprovado no Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 85, de 09-06-2017), sendo aguardada a ratificação e edição do decreto presidencial."[22] A vantagem do terceiro protocolo é a facilitação do monitoramento a ser realizado, já que "ao sistema de relatórios soma-se o de petições individuais, cuja eficácia deverá ser garantida pelos Estados-Partes, de modo que o Comitê sobre os Direitos das Crianças poderá analisar todas as reclamações e verificar se a Convenção foi violada."[23]

O protocolo promulgado pelo Decreto 5.006/04 amplia a proteção às crianças envolvidas em conflitos armados, pois confere idades mais avançadas para participar das hostilidades e serem recrutados compulsoriamente (idade mínima para essas atividades é de 18 anos, de acordo com artigo 1° e 2°). Em caso de recrutamento voluntário, devem ser feitas "salvaguardas para assegurar no mínimo que o recrutamento seja realmente voluntário, que seja feito com o consentimento informado dos pais do menor ou de seus tutores legais, que os menores sejam devidamente informados das responsabilidades envolvidas no serviço militar e que comprovem sua idade antes de serem aceitos no serviço militar nacional."[24]

Além disso, grupos armados distintos das forças armadas não deverão recrutar ou utilizar menores de 18 anos em hostilidades (artigo 4°).

Dessa forma, temos o seguinte panorama:

IDADES NO PROTOCOLO SOBRE ENVOLVIMENTO DE CRIANÇAS EM CONFLITOS ARMADOS – DECRETO 5.006/04	
Participação dos membros das forças armadas diretamente nas hostilidades	**Estados adotarão medidas possíveis para que isso não ocorra aos menores de 18 anos**
Recrutamento compulsório para as forças armadas	**Estados asseguram que isso não ocorrerá aos menores de 18 anos.**

---

[22] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. pág. 250.

[23] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 55.

[24] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. pág. 252.

Recrutamento voluntário	**Estados elevarão a idade contida no artigo 38.3 da Convenção (15 anos);** **Quando permitido o recrutamento voluntário a menores de 18 anos devem ser feitas salvaguardas com o objetivo de assegurar que o recrutamento efetivamente foi voluntário.**
Grupos armados distintos das forças armadas de um Estado	**Não podem recrutar ou utilizar menores de 18 anos em hostilidades.**

Já o protocolo promulgado pelo Decreto 5.007/04 foi adotado com "a finalidade de ampliar as medidas previstas na Convenção sobre os Direitos da Criança, com a finalidade de garantir a proteção das crianças – grupo particularmente vulnerável e mais exposto ao risco de exploração sexual – contra a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, ante a preocupação com o significativo e crescente tráfico internacional de crianças para tais fins, com a prática disseminada do turismo sexual e com a crescente disponibilidade de pornografia infantil na internet e em outras tecnologias modernas. Considerou-se, nesse sentido, o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho perigoso ou capaz de interferir em sua educação ou ser prejudicial à sua saúde ou ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social."[25]

5 - Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD (1990):

As chamadas Diretrizes de RIAD representam estratégias para **prevenir** a delinquência juvenil. O objetivo é trabalhar para evitar a conduta contrária à lei praticada por jovens.

O próprio preâmbulo deixa claro que "é necessário estabelecer critérios e estratégias nacionais, regionais e inter-regionais para prevenir a delinquência juvenil".

O documento é dividido em sete partes: I – Princípios Fundamentais; II – Efeitos das Diretrizes; III – Prevenção Geral; IV – Processos de Socialização, subdivididos em "família, educação, comunidade e meios de comunicação"; V – Política Social; VI – Legislação e Administração da Justiça da Infância e da Adolescência; VII – Pesquisa, Adoção de Políticas e Coordenação.

Alguns pontos merecem atenção.

As Diretrizes reconhecem que "a prevenção da delinquência juvenil é parte essencial da prevenção do delito na sociedade. Dedicados a atividades lícitas e socialmente úteis, orientados rumo à sociedade e considerando a vida com critérios humanistas, os jovens podem desenvolver atitudes não criminais" (I.1).

Para alcançar os objetivos, é necessário que "por parte de toda a sociedade, [haja] esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que respeitem

---

[25] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. pág. 253.

e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância."[26]

No mesmo sentido dessa orientação, a CRFB/88 atribuiu deveres à família, à sociedade e ao Estado para assegurar os direitos das crianças e adolescentes (artigo 227).

O atuar na prevenção deve se dar desde a primeira infância.[27] No âmbito interno merece destaque a Lei 13.257/16 que trata do Estatuto da Primeira Infância.

Na parte III do documento há disposições relacionadas à Prevenção Geral. Importante lembrar que o ECA possui regramento sobre a prevenção – Título III, artigo 70 e seguintes do Estatuto.

Merece destaque também o artigo 53 ao afirmar que "deverão ser adotadas e aplicadas leis que regulamentem e controlem o acesso das crianças e jovens às armas de qualquer tipo". Na mesma esteira é o ECA quando proíbe a venda à criança ou adolescente de armas, munições e explosivos (artigo 81, I).

Extrema importância deve ser dada ao artigo 54 das Diretrizes, no seguinte sentido: "com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem".

Trata-se da vedação ao tratamento mais gravoso. Na legislação nacional, tal princípio constou como referente à execução das medidas socioeducativas no artigo 35, I da Lei do SINASE, ao qual abordaremos com mais vagar no momento oportuno.

Com efeito, se mostra incongruente estipular uma faixa etária que merecerá atenção especial (crianças e adolescentes) e conferir a ela tratamento mais rigoroso e grave que o dispensado à faixa etária considerada como adulta.

O Comitê da ONU sobre os Direitos das Crianças, no comentário 10/2007, assim se manifestou: "é muito frequente que os Códigos Penais contenham disposições nos quais se tipifique como delito determinados problemas de comportamento das crianças, por exemplo a vadiagem, a abstenção escolar, as fugidas do lar e outros atos que muitas vezes são consequências de problemas psicológicos ou socioeconômicos. É motivo de especial preocupação que as crianças da rua frequentemente sejam vítimas desta forma de criminalização. Esses atos, também conhecidos como delitos em razão da condição, não se consideram tais se são cometidos por adultos. O Comitê recomenda a revogação pelos Estados Partes das disposições relativas a esses delitos para garantir a igualdade de tratamento das crianças e adultos ante a lei."[28]

Por fim, o diploma reconhece a importância da pesquisa para o aprimoramento e evolução, de forma que estipula que as instituições interessadas "deverão desempenhar um papel ativo na pesquisa, na colaboração científica, na formulação de opções de política e no exame e na supervisão de sua aplicação e, também, servir de fonte de informação

---

[26] Art. 2.

[27] Art. 3.

[28] PAIVA, Caio. Op. cit. pág. 167.

fidedigna sobre as modalidades eficazes de prevenção da delinquência".[29]

6 - Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade:

Diferente das Diretrizes de RIAD, que buscam evitar a conduta delituosa/infracional das crianças e adolescentes, o presente instrumento trabalha com a hipótese de jovem já privado de liberdade. São colocados diversos direitos e também formas de atuação dos profissionais que tratam diretamente com jovens institucionalizados.

O documento se divide em quatro partes: I – Perspectivas Fundamentais; II – Efeitos e aplicação das regras; III – Jovens detidos ou em prisão preventiva; IV – Administração dos Centros de Detenção de Jovens.

No artigo 1 do preâmbulo é exposto que "a reclusão de um jovem em um estabelecimento deve ser feita apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo necessário". No direito brasileiro isso vem expresso no artigo 121 do ECA ao prever o princípio da excepcionalidade e brevidade da internação.

Interessante também o objetivo contido no artigo 1° do corpo do instrumento internacional no sentido de que "não deveria ser economizado esforço para abolir, na medida do possível, a prisão de jovens." Essa exortação demonstra a posição internacional contrária à detenção de jovens, apesar de se reconhecer que, atualmente, isso é inviável no contexto mundial.

No que toca às idades, o diploma utilizou terminologia diferente da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

Com efeito, o artigo 11 explica que "Entende-se por jovem uma pessoa de idade inferior a 18 anos." Já na Convenção dos Direitos das Crianças a pessoa com menos de 18 anos é classificada como criança.

TERMINOLOGIA – DIFERENÇA ENTRE DOIS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS	
Convenção sobre os direitos das Crianças – pessoa com menos de 18 anos	**Terminologia adotada: criança**
Regras das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade – pessoa com menos de 18 anos	**Terminologia adotada: jovem**

O diploma também determina a fixação de idade limite antes da qual a pessoa não será privada de liberdade. No direito brasileiro essa idade é de 12 anos incompletos. Nesse patamar se enquadra o conceito de criança, com base no artigo 2° do ECA, sendo que a elas é viável a aplicação de qualquer medida socioeducativa, mesmo que tenham praticado ato infracional grave (artigo 105 do Estatuto).

Por fim, são esmiuçadas várias regras que regulamentam a Administração dos Centros de Detenção de Jovens. No âmbito local, a Lei do SINASE (lei 12.594/2012) trata do assunto.

---

[29] Art. 54.

7 - Convenção de Haia relativa à proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1999):

O presente diploma foi incorporado ao direito brasileiro por meio do decreto 3.087 de 1999.

É importante diferenciar Convenções que costumam a ser tratadas com o nome de "Convenção de Haia." A que ora tratamos diz respeito à adoção internacional, mas também há a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, incorporada ao direito interno por meio do Decreto 3.412/2000 e que será objeto de comentários no próximo item.

A adoção é tratada de forma exaustiva no ECA. No que tange à adoção internacional, seu regramento vem disciplinado a partir do artigo 51.

Tanto a Convenção (artigo 2.1) quanto o Estatuto (artigo 51) deixam claro que a adoção internacional se caracteriza pela residência dos adotantes, com consequente deslocamento do adotando entre os Estados-Parte. Não tem relação direta com a nacionalidade dos adotantes, de forma que adoção internacional não é sinônimo de adoção por estrangeiros.[30]

Outro ponto interessante sobre a temática diz respeito à subsidiariedade desse tipo de adoção. Com efeito, só cabe falar em adoção internacional quando for verificada a impossibilidade da permanência do adotando em seu país de origem.[31]

Dispositivo interessante é o que exige da autoridade competente do país de destino que verifique se "a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida".[32] Deveras, não faria sentido empreender esforços em uma adoção internacional sem demonstrar que o adotando poderá permanecer no país de acolhida.

Outro ponto digno de nota é a preocupação com o envolvimento indevido de dinheiro com a adoção internacional. Os chamados "benefícios materiais" que podem ser obtidos com a adoção foi combatido por diversos dispositivos do instrumento internacional (artigo 1°, "b" – que visa prevenir a venda de crianças; artigo 4°.3.c; artigo 4.4.d – esses dois últimos envolvendo o consentimento, a fim de garantir que ele não tenha sido dado ou induzido por meio de pagamento).

Por outro lado, o artigo 32.2 admite que "poderão ser cobrados e pagos os custos e as despesas, inclusive os honorários profissionais razoáveis de pessoas que tenham intervindo na adoção". É o caso, por exemplo, do advogado que ingressa com os procedimentos devidos para concretizar a adoção.

No ECA há previsão no sentido de que os organismos credenciados encarregados de intermediar pedidos de habilitação à adoção internacional devem perseguir unicamente fins não lucrativos (art. 52, § 4°, I do ECA). Na mesma linha é o artigo 11 da Convenção.

Por fim, como não poderia deixar de ser, a adoção realizada em conformidade com a Convenção deve ser reconhecida pelos Estados-Partes. Esse é o teor do artigo 23 do

---

[30] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 219.

[31] Artigo 4°, b da Convenção e 51, § 1°, II do ECA.

[32] Art. 5°, c da Convenção.

diploma internacional ao afirmar que "uma adoção certificada em conformidade com a Convenção, pela autoridade competente do Estado onde ocorreu, será reconhecida de pleno direito pelos demais Estados Contratantes".

8 - Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (2000):

O presente instrumento internacional foi devidamente incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto 3.413 de 2000.

O objetivo do documento é assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente além de fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.[33]

O deslocamento indevido de crianças entre os Estados pode trazer consequências nefastas aos seres humanos que – é bom relembrar – estão em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por essa razão a Convenção estipula procedimentos para retorno da criança ao seu país.

É importante esclarecer que os aspectos abordados são civis e não penais. Esses, os penais, serão decididos nas instâncias próprias.

Considerando o estágio de desenvolvimento das pessoas, a Convenção não se aplica a partir do momento em que se atinge 16 anos.[34] Isso porque, com tal idade, presume-se que a criança[35] já possui maturidade para decidir em qual país ficará.

Além disso, "a Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita".[36]

Portanto, o que se busca é dar agilidade no retorno da criança ao país de quem detém melhor direito, sendo certo que a análise dessa circunstância será feita com base no melhor interesse do infante.[37]

---

[33] Artigo 1°.

[34] Artigo 4°

[35] Reitera-se que estamos utilizando o termo "criança" como aquele mais usado no Direito Internacional e diverso da classificação dada pelo artigo 2° do ECA.

[36] Artigo 4°.

[37] STJ – Resp. 1.239.777, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 12.04.2012.

CAPÍTULO 2 – A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1 - Introdução:

Tema de grande relevância para a compreensão do atual estágio de abordagem da criança e adolescente é a análise da evolução da matéria. Com efeito, somente verificando a forma histórica de enxergar crianças e adolescentes é que entenderemos a atual época e deixaremos de lado práticas que remetem a outro período histórico.

A doutrina que aborda o tema costuma ter pequenas divergências no assunto. Não são contradições, mas sim complementações.

Há os que separam as fases de evolução em quatro: a) fase da absoluta indiferença; b) fase da mera imputação criminal; c) fase tutelar; d) fase da proteção integral. Essa divisão é proposta pelo professor Paulo Afonso Garrido de Paula e seguido por Rossato/Lépore/Cunha, Paulo Henrique Aranda Fuller e também conta com o nosso apoio.

Outros autores vinculam a evolução da matéria a uma ótica dirigida aos atos infracionais, ou seja, à maneira como a legislação respondia aos fatos "criminosos" cometidos por crianças e adolescentes. Nesse sentido, com pequenas diferenças entre cada autor, propõem-se três etapas: a) etapa penal indiferenciada; b) etapa tutelar; c) etapa garantista. Nessa linha estão Karyna Batista Sposato, Ana Paula Motta Costa, Sérgio Salomão Shecaira.

Por fim, verifica-se outra divisão nos seguintes termos: a) Direito penal indiferenciado (ou direito penal do menor); b) doutrina da situação irregular; c) doutrina da proteção integral. A essa classificação se filia a professora Cristiane Dupret e o professor Válter Kenji Ishida.

Como dito acima, as classificações são complementares e não contraditórias. Todavia, é preciso analisar cada uma dessas abordagens para que o estudo da matéria seja completo.[38]

2 - Primeira classificação doutrinária:

Conforme anotado na introdução, há doutrinadores que seguem a linha do professor Paulo Afonso Garrido de Paula e dividem a evolução do tratamento de crianças e adolescentes em quatro fases/sistemas. Vamos a elas:

1. **Fase/sistema da absoluta indiferença:** para esses autores a absoluta indiferença não está limitada à esfera do ato infracional. Trata-se de uma indiferença em sentido mais amplo considerando que "a partir de distinções conceituais entre pessoa, personalidade e capacidade, construiu-se um sistema onde a proteção de crianças e adolescentes revelou-se pela tutela do mundo adulto, sendo beneficiários apenas de uma espécie de proteção reflexa, de

---

[38] Aos que se dedicam a concursos públicos é necessário ter conhecimento de todas as maneiras de dividir a evolução histórica, já que a matéria é cobrada em diversas provas objetivas.

> modo que somente indiretamente vislumbrava-se a tutela jurídica."[39]

Percebe-se uma ligação entre a falta de capacidade e a ausência de direitos. Com efeito, "ainda que detentores de personalidade jurídica a falta de capacidade de fato ou de exercício importava não conferir direitos a crianças e adolescentes, porquanto materialmente impedidos de exercitá-los, de modo que os chamados direitos personalíssimos – aqueles que somente podem ser exercitados pelo seu titular – ordinariamente escapavam da lógica da construção jurídica."[40]

Como anota Fuller, "trata-se de um mecanismo de tutela jurídica indireta ou reflexa, pois o Direito Civil confere poderes aos adultos (pais ou tutor), e não direitos específicos para crianças e adolescentes. Compreende-se, assim, a expressão *poder* familiar, a que estão *sujeitos* os filhos, enquanto menores (art. 1.630 do CC)."[41]

É interessante notar que essa indiferença não existia apenas no mundo jurídico. Em essência, cada ordenamento jurídico reflete preocupações com os valores caros a uma sociedade em determinada época.

Por isso, Philippe Ariès enfatiza que "até por volta do século XII, a arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representá-la. É difícil crer que essa ausência se devesse à incompetência ou à falta de habilidade. É mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo."[42] Acrescenta o autor que "a indiferença marcada que existiu até o século XIII – a não ser quando se tratava de Nossa Senhora menina – pelas características próprias da infância não aparece apenas no mundo das imagens: o traje da época comprova o quanto a infância era então pouco particularizada na vida real. Assim que a criança deixava os cueiros, ou seja, a faixa de tecido que era enrolada em torno de seu corpo, ela era vestida como os outros homens e mulheres de sua condição."[43]

Portanto, o desinteresse social pela infância se refletia no desinteresse jurídico. Justamente esse o motivo de considerarmos essa etapa/fase/sistema como o da absoluta indiferença.

2. **Fase/sistema de mera imputação criminal:** em tal fase/sistema as leis tinham o escopo de coibir a prática de ilícitos cometidos por crianças e adolescentes. Tais leis tinham "como pressuposto a capacidade em suportar as consequências do ilícito."[44]

Nessa fase podemos enunciar as ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Ma-

---

[39] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 12.

[40] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. cit. pág. 14.

[41] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 30.

[42] ARIÈS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Tradução de Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: editora Guanabara, 1981. Pág. 50.

[43] ARIÈS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Tradução de Dora Flaksman. Op. cit. pág. 68.

[44] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. cit. pág. 26.

nuelinas e Filipinas); o Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal da República de 1890.[45]

Em relação ao Código Penal da República de 1890 vemos a utilização do critério **etário** e também do critério do **discernimento**. Com efeito, o artigo 27 afirmava que não eram criminosos "os menores de 9 annos completos" e "os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento." Completava o artigo 30 no seguinte sentido: "os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos"[46]

> 3. **Fase/sistema tutelar:** nessa fase as leis viam os então chamados "menores" como objeto de proteção e não como sujeitos de direitos. Aqui se desenvolveu a doutrina da situação irregular.

É um sistema "evidenciado por leis objetivando conferir ao mundo adulto poderes tendentes à integração sócio-familiar da criança ou adolescente em situação de patologia social, compondo forma de proteção reflexa de seus interesses pessoais."[47]

O Código de Menores (Lei 6.697/79), revogado pelo ECA, fazia parte da etapa tutelar e adotava a doutrina da situação irregular. Percebe-se que na regulamentação da "colocação em lar substituto"[48] não há qualquer menção à necessidade de oitiva ou consentimento do "menor". Trata-se de demonstração clara no sentido de que eles, os menores, eram vistos como objeto de direitos e não sujeitos de direitos.

> 4. **Fase/sistema da proteção integral:** reflete a mudança de concepção entre um período de controle social de "menores" para um período em que se reconhecem crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

A proteção integral foi adotada expressamente pelo artigo 1° do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em confronto com o afirmado acima quando tratamos da etapa tutelar, o ECA, no artigo 28, § 2°, exige consentimento do maior de 12 anos para a colocação em família substituta, sendo certo que os menores de 12 anos serão ouvidos por equipe interprofissional e, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão, sua opinião será devidamente considerada, de acordo com o artigo 28, § 1°. Fica evidente aqui uma das consequências da adoção da proteção integral.

Teceremos maiores comentários sobre a doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral no momento oportuno. Por ora, basta entender as fases que refletem a evolução no trato da matéria.

---

[45] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 31.

[46] A forma de escrita é fiel à redação utilizada no Código.

[47] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. cit. pág. 26.

[48] Art. 17 e seguintes do Código de Menores.

3 - Segunda classificação doutrinária:

A classificação que ora se apresenta tem ligação com o tratamento dado pela legislação aos atos infracionais praticados por crianças ou adolescentes. Nessa divisão encontram-se três etapas: a) etapa penal indiferenciada; b) etapa tutelar (também chamada "modelo de proteção"); c) etapa garantista. Nessa linha estão Sérgio Salomão Shecaira e Ana Paula Motta Costa.

Há variações entre os autores que abordam o tema. A professora Karyna Batista Sposato trata também do "modelo educativo ou de bem estar" e do "modelo misto".[49]

Passemos à classificação tomando por base as três etapas acima indicadas:

> 1. **Modelo punitivo ou etapa penal indiferenciada:** "define-se a etapa penal indiferenciada como o período dado pelo direito desde o nascimento dos Códigos Penais liberais do séc. XIX até as primeiras legislações do séc. XX. Esta fase do pensamento caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando penas atenuadas e misturando nos cárceres adultos e menores na mais absoluta promiscuidade. São desses períodos o Código Criminal brasileiro de 1830, o Código Espanhol de 1848 e o Código Português de 1852, entre outros."[50]

Importante notar que apesar de ser classificada como uma etapa de "indiferença" penal, na verdade, existiam algumas diferenças entre o tratamento dado aos adultos e o tratamento dado aos adolescentes. Todavia, as distinções eram mínimas, o que levou os autores a classificar essa fase como uma etapa "penal indiferenciada".

Crianças eram consideradas "adultos em miniatura". Previam-se hipóteses de exclusão de responsabilidade criminal para uma determinada idade, extremamente precoce e, após isso, aplicava-se a sanção com atenuantes.[51]

Comparando essa classificação com aquela sugerida por Paulo Afonso Garrido de Paula, vemos que essa etapa coincide com a fase/sistema da mera imputação criminal.

> 2. **Modelo de proteção ou etapa tutelar:** essa etapa tem como marco histórico o chamado "movimento dos reformadores". De acordo com Emilio García Méndez, "basicamente, são as condições de vida nos cárceres, onde os menores eram alojados de forma indiscriminada junto com os adultos, assim como a ausência de normativa específica, os elementos que constituem a bandeira de luta de um movimento que, num período relativamente curto, consegue transformar em realizações concretas todas as suas propostas."[52]

---

[49] SPOSATO. Karyna Batista. Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista – São Paulo: Saraiva, 2013. Págs. 85 e 90.

[50] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. – 2 ed. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 28.

[51] SPOSATO. Karyna Batista. Op. cit. pág. 74.

[52] MENDEZ, Emílio Garcia. Op. cit. pág. 72.

Portanto, se percebe essa etapa como uma reação à etapa penal indiferenciada.

Como consequência de uma posição política social que buscava afastar a etapa penal indiferenciada, foi justamente nesse modelo que foi criado o primeiro Tribunal de Menores, em Illinois, EUA (1899).

Aplica-se nesse modelo a chamada "doutrina correcionalista." Como explica Shecaira "a rigor, muito mais do que propriamente positivista, há um conteúdo marcantemente correcionalista, por se considerar o menor de idade um ser inferior, digno de piedade, merecedor de uma postura assistencial, como se não fosse um ser com suas características próprias de personalidade, ainda que tal personalidade esteja em formação. Pela doutrina correcionalista o delinquente é alguém que precisa de ajuda, sendo esta ofertada pelo Estado por meio da sanção penal."[53] Nesse raciocínio, aquele que praticasse uma conduta delituosa era considerado um ser débil e a "função penal aparece como um dever da sociedade e um direito do infrator da lei, mesmo que lhe pareça um mal."[54]

A consequência nefasta desse modelo é a ampla discricionariedade do magistrado na aplicação de medidas aos então nominados "menores". Isso porque o juiz era considerado um "pai" para aquele que precisava da assistência estatal. É claro que abrir margem para tamanha discricionariedade acaba por deixar de lado critérios objetivos de aplicação de medidas. Assim, "como característica daquelas legislações estava a centralização do poder de decisão na figura do juiz, com competência ilimitada e discricionária, sem praticamente nenhuma limitação legal. Disso resultava a judicialização dos problemas vinculados à infância empobrecida e a patologização dos conflitos de natureza social, portanto, a criminalização da pobreza."[55] Dessa forma "abusava-se do internamento dos menores por tempo indeterminado, sob o pretexto de protegê-los, quando em realidade, o que se atendiam, eram os fins de higienização social."[56]

Vemos que essa segunda forma doutrinária de classificar a evolução histórica do trato de crianças e adolescentes possui a mesma terminologia daquela exposta no item anterior. Todavia, diferente da primeira, essa classificação cuida da forma penal de tratamento de crianças e adolescentes e não da legislação menorista como um todo, sendo certo que em ambas as matérias (parte cível e parte penal) a etapa tutelar se fez presente.

3. **Modelo de responsabilidade ou etapa garantista:** esse modelo é o atualmente vigente, já que é a base do ECA, da Lei do SINASE e também segue o modelo de conferir direitos às crianças e adolescentes, conforme previsto no artigo 227 da CRFB.

   Por tal modelo, apesar de ser possível aplicar medidas socioeducativas, que possuem inegável caráter sancionatório, asseguram-se aos adolescentes direitos contra o poder punitivo estatal, a exemplo do que já ocorre com os adultos. Conforme anota Shecaira, "várias garantias são asseguradas ao

---

[53] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit. p. 35.

[54] SPOSATO. Karyna Batista. Op. cit. pág. 79.

[55] COSTA, Ana Paula Motta. As garantias processuais e o Direito Penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág.54.

[56] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit. p. 36.

> adolescente infrator, destacando-se: pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente, igualdade na relação processual – podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir as provas necessárias à sua defesa; defesa técnica por advogado -, assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei, direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente, direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (art. 111)."[57]

Não obstante ser essa fase adotada atualmente, é possível verificar em julgados de diversos Tribunais evidente resquício do modelo tutelar, no aspecto correcionalista. Normalmente se argumenta que as medidas socioeducativas não são "penas" e isso serve para que se confira ao adolescente um tratamento mais gravoso que o dado ao adulto. Nesse sentido, no HC 346.380/SP, o STJ entendeu que o adolescente que respondeu a processo de apuração de ato infracional em liberdade deve cumprir imediatamente a medida após a sentença, ou seja, não se lhe confere o direito de recorrer em liberdade. Ressalte-se: de acordo com a posição do STJ, não há direito de recorrer em liberdade, mesmo quando o adolescente respondeu ao procedimento livre!

Essa decisão da Corte Superior demonstra que ainda não deixamos de lado a etapa tutelar, em que um aspecto correcionalista considerava a "pena" (leia-se, medida socioeducativa) um direito ao infrator. A boa intenção de ressocializar, quando se trata de direito infanto-juvenil, sempre serviu para extirpar procedimentos e garantias e aplicar tratamento penal que, não raras vezes, é mais gravoso que aquele dispensado ao adulto.

A posição do STJ será detalhada no momento próprio dessa obra, mas por ora fica a crítica e a necessidade de compreendermos a evolução histórica do Direito da Criança e Adolescente para evitarmos retrocesso à fases já ultrapassadas.

4 - Terceira classificação doutrinária:

A terceira classificação doutrinária coincide, em essência, com a segunda classificação exposta acima. Todavia, utiliza terminologia diferente para chegar ao mesmo resultado.

Essa classificação é adotada por dois doutrinadores de escol: Cristiane Dupret[58] e Válter Kenji Ishida[59]. Para eles, há três períodos/etapas de evolução da matéria: a) **direito penal indiferenciado (ou direito penal do menor)**, correspondente ao "modelo punitivo ou etapa penal indiferenciada apontado acima; b) **período ou doutrina da situação irregular**, que corresponde ao "modelo de proteção ou etapa tutelar" e, c) **período da doutrina da proteção integral**, que corresponde ao modelo de responsabilidade ou etapa garantista.

Não teceremos maiores considerações sobre a terceira classificação, já que a diferença é apenas terminológica em relação à segunda classificação.

---

[57] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit. p. 48.

[58] DUPRET, Cristiane. Curso de direito da criança e do adolescente. 3 ed. – Belo Horizonte: Letramento, 2015, pág 37.

[59] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 28.

5 - Quadro síntese das diversas classificações:

Diante de tudo que foi dito nas linhas acima, apresentamos um quadro síntese ao leitor a fim de que visualize as terminologias empregadas na evolução do Direito da Criança e Adolescente com base nos diversos autores que estudam o tema:

ABORDAGEM DA MATÉRIA DE ACORDO COM O AUTOR	
Paulo Afonso Garrido de Paula; Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore e Rogério Sanches Cunha; Paulo Henrique Aranda Fuller; Gustavo Cives Seabra	a. **Sistema de absoluta indiferença;** b. **Sistema de mera imputação criminal;** c. **Sistema tutelar** d. **Sistema da proteção integral**
Sérgio Salomão Shecaira; Karyna Batista Sposato[60] e Ana Paula Motta Costa	a. **Modelo punitivo ou etapa penal indiferenciada;** b. **Modelo de proteção ou etapa tutelar;** c. **Modelo de responsabilidade ou etapa garantista**
Cristiane Dupret e Válter Kenji Ishida	a. **direito penal indiferenciado (ou direito penal do menor)** b. **período ou doutrina da situação irregular;** c. **período ou doutrina da proteção integral**

[60] Ressalve-se que a autora também enumera o modelo educativo ou de bem estar e o modelo misto.

CAPÍTULO 3 – DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR

1 - Introdução:

No capítulo anterior foram explicadas as fases de evolução do Direito da Criança e do Adolescente. A fase atual é a da proteção integral.

Nesse capítulo se faz necessário ingressar com mais profundidade nas doutrinas que se sucederam na legislação brasileira. A primeira é a doutrina da situação irregular, que se encontrava inserida na fase tutelar de evolução da matéria. Tal doutrina é a base do Código Mello Matos (Decreto 17.943-A de 1927) e do Código de Menores (Lei 6.697/70). A segunda é a doutrina da proteção integral, adotada pelo Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90).

2 - Doutrina da situação irregular:

A doutrina da situação irregular remete a uma atuação assistencialista do Estado em relação aos "menores". Aqui se faz uma explicação: o termo "menor" foi amplamente utilizado sob a égide dessa doutrina. Por isso, nesse tópico, usaremos a terminologia empregada à época. Todavia, superada essa doutrina pela proteção integral, o ideal é usar o termo "criança e adolescente" deixando de lado qualquer resquício da situação irregular.

Na doutrina da situação irregular, os menores eram objeto da assistência estatal; eram verdadeiros objetos de direitos e objetos da "compaixão-repressão"[61] do Estado. Interessante reproduzir a explicação de Anísio Garcia Martin que lecionava: "sendo uma criação da doutrina jurídica, a expressão 'situação irregular' reflete uma conceituação filosófica cristã por excelência, expressa de forma lapidar na manifestação feita certa vez pelo famoso jurista Sobral Pinto que dizia que amava o pecador e detestava o pecado."[62]

A situação irregular servia para instaurar a competência do então chamado "juiz de menores". É de se dizer: nem todos com idade abaixo dos 18 anos tinham suas questões julgadas pelo "juizado de menores". A competência do juizado só se concretizava caso presente alguma hipótese configuradora da situação irregular. "Pode-se afirmar assim, que, a competência da Lei de Menores destina-se a um sujeito passivo, dentre as pessoas relativamente ou absolutamente incapazes, que se encontre em estado de anormalidade ou patologia, familiar ou comunitária, e que, por isso, esteja a merecer a assistência, proteção e vigilância do Poder Público."[63]

O próprio Código de Menores trazia as hipóteses em que se configurava a situação irregular, assim considerados o menor: "I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou res-

---

[61] MENDEZ, Emílio Garcia. Op. cit. pág. 198.

[62] MARTINS, Anísio Garcia. O Direito do Menor. São Paulo: editora universitária de direito, 1988, pág. 9.

[63] MARTINS, Anísio Garcia. Op. cit. págs.48/49.

ponsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal."

Para esses menores em situação irregular o Código previa medidas de assistência, proteção e vigilância (art. 1°). Na mesma linha era o Código Mello Matos que, já em seu artigo inaugural dispunha que "o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo".

Ora, se o Estado presta assistência, proteção e vigilância, vemos que os poderes restam centralizados na autoridade pública. A autoridade, no caso, era o juiz, que possuía ampla margem de discricionariedade. Assim, "definindo o foco do 'menor em situação irregular', deixava-se de considerar as deficiências das políticas sociais, optando-se por soluções individuais, que privilegiavam a institucionalização e a adoção. Em nome desta compreensão individualista, biologista, o juiz aplicava a lei de menores sempre a partir de uma intenção positiva, a qual transitava entre o dilema de satisfazer um discurso assistencialista e uma necessidade de controle social."[64]

Os menores em situação irregular eram uma patologia social que se buscava corrigir. À época do Código de Menores a sociedade educava os filhos com palmadas, chineladas e muitas vezes com cinto. O uso de castigo físico, muitas vezes beirando o imoderado, era comum até bem pouco tempo atrás. Algumas famílias até hoje se valem de certa dose de violência para "educar" os filhos. Se assim acontecia no seio amoroso da família, o que dizer de ambientes institucionalizados e frequentados por pessoas que representam a "patologia social"?

Sobre o assunto vale transcrever doutrina abalizada que comentava o Código de Menores: "algumas vezes a imprensa costuma fazer sensacionalismo sobre maus-tratos aplicados a menores que se encontram recolhidos. Mas, seria de perguntar como manter a disciplina num recolhimento de menores de maus costumes se não for usada certa energia? Os próprios pais, com filhos esclarecidos, instruídos, bem orientados, algumas vezes perdem a calma e chegam a bater nos filhos, o que se pode esperar dos inspetores ou responsáveis de algum recolhimento de menores diante de um ato de indisciplina de algum deles? Somos francamente contrários a todo tipo de violência, não só contra adulto, mas principalmente contra menor, mas reconhecemos que às vezes há necessidade de se corrigir com castigo físico, desde que não se descambe para os maus-tratos. Só assim haverá condições de manter a disciplina num recolhimento que agasalha centenas de menores com os mais variados vícios e costumes."[65]

Para finalizar esse tópico é importante "fazer justiça" com a doutrina da situação irregular. Apesar de seus pilares parecerem absurdos atualmente, sua adoção – que se

---

[64] COSTA, Ana Paula Motta. Op. cit. pág. 54.

[65] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários ao Novo Código de Menores.São Paulo, Sugestões Literárias, 1980, pág. 20.

enquadra na fase tutelar de evolução da matéria – foi um avanço em relação à fase da absoluta indiferença. Crianças e adolescentes que não tinham qualquer tipo de disposição legal específica passaram a ser vistos como peculiares e merecedores da atenção estatal e esse avanço não pode ser ignorado.

3 - Doutrina da proteção integral:

3.1) Crianças e adolescentes na Constituição de 1988:

Para falar de proteção integral é indispensável iniciar pela Constituição de 1988. A Carta Magna não utiliza a expressão "proteção integral", mas isso não quer dizer que não tenha adotado tal doutrina.

Com efeito, no artigo 227, a Constituição coloca a família, a sociedade e o Estado como devedores de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esse rol extenso de direitos, que devem ser somados a todos os demais direitos previstos às pessoas independentemente da idade, representa a peculiar preocupação constitucional com crianças e adolescentes.[66] Logo, fica clara a opção da Lei Maior em adotar a doutrina da proteção integral.

Via de consequência, caso o Estatuto da Criança e do Adolescente não tivesse adotado a doutrina da proteção integral, padeceria de inconstitucionalidade, afinal, "se é certo que a própria Constituição Federal proclamou a doutrina da proteção integral, revogando implicitamente a legislação em vigor à época, a Nação clamava por um texto infraconstitucional consoante as conquistas da Carta Magna."[67]

Ainda como consequência da adoção constitucional da doutrina da proteção integral, temos que padeceria de inconstitucionalidade qualquer dispositivo que trouxesse previsão típica da fase tutelar na evolução do Direito da Criança e do Adolescente, pois remontaria à doutrina da situação irregular.

3.2) O Estatuto da Criança e do Adolescente:

Alinhado com o texto constitucional, o ECA "dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1°)." Assim, não pairam dúvidas sobre a doutrina que sustenta o Estatuto: é a doutrina da proteção integral.

O reconhecimento textual dessa doutrina se deu somente com a edição do Estatuto, muito embora a proteção integral possua base constitucional, conforme asseverado no tópico anterior.

---

[66] A EC 65/2010 incluiu o "jovem" nesse dispositivo constitucional.

[67] SILVA, Antônio Fernando do Amaral. CURY, Munir. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 39.

Como consequência da doutrina da proteção integral, crianças e adolescentes se tornaram sujeitos de direitos, em contraposição à doutrina da situação irregular que os considerava objetos de proteção.

De acordo com a precisa definição de Guilherme Freire de Melo Barros, "por proteção integral deve-se compreender um conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente."[68]

É necessário consignar que "a proteção integral é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regrar ou limitar o gozo de bens e direitos."[69]

Como consequência da proteção integral, outros atores passaram a atuar em prol de crianças e adolescentes, como é o caso do Conselho Tutelar (art. 131 e seguintes do ECA) e Conselhos de Direitos (art. 88, II do ECA). Isso fez com que houvesse a **desjudicialização** do atendimento de crianças e adolescentes, sendo certo que a autoridade judiciária manteve a função que lhe é própria, qual seja: julgar.[70]

Como uma das expressões da proteção integral, o artigo 28, § § 1° e 2° do ECA dá especial valor à opinião da criança que for colocada em família substituta e exige o consentimento do adolescente, colhido em audiência, para o mesmo fim.

Outrossim, a Lei 13.431/17 que normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência representa face dessa doutrina ao prever a escuta protegida para evitar e revitimização.

Interessante classificação é feita pelo professor Paulo Henrique Aranda Fuller[71], para quem há dimensões da proteção integral, nos seguintes termos:

Dimensão pessoal (subjetiva): A dimensão pessoal se divide em **ativa**, porque compreende todas as crianças e adolescentes; abandona-se o aspecto da situação irregular previsto no revogado Código de Menores e **passiva**, vez que obriga todos (Estado, sociedade, comunidade e família) a respeitar e assegurar os direitos de crianças e adolescentes.

Dimensão material (objetiva): compreende todos os interesses e necessidades, tanto os direitos fundamentais de qualquer pessoa humana como os específicos de crianças e adolescentes. Essa dimensão apresenta um **aspecto negativo**, que impõe proibições ou limitações ao Estado, sociedade e família, sendo-lhes vedado qualquer intervenção

---

[68] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 12ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018, pág. 21.

[69] NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 6.

[70] AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 65.

[71] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 32/34.

indevida na liberdade de crianças e adolescentes, bem como proibindo a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Outro aspecto é **positivo**, o qual impõe prestações às crianças e adolescentes, consistentes em efetivar o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, etc, sendo certo que nesse dever prestacional se inclui a necessidade de elaboração de normas jurídicas, como o ECA, e também prover condições reais para a fruição dos direitos pela criança ou adolescente, sendo exemplo o fornecimento de medicamentos e vagas em creche.

3.3) Comparação entre a situação irregular e a proteção integral:

Citando o professor Leoberto Narciso Brancher, a doutrina de Andréa Rodrigues Amin[72] nos traz um excelente quadro comparativo entre a doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral. Vejamos:

ASPECTO	ANTERIOR	ATUAL
Doutrinário	**Situação irregular**	**Proteção integral**
Caráter	**Filantrópico**	**Política Pública**
Fundamento	**Assistencialista**	**Direito Subjetivo**
Centralidade local	**Judiciário**	**Município**
Competência executória	**União/Estados**	**Município**
Decisório	**Centralizador**	**Participativo**
Institucional	**Estatal**	**Cogestão sociedade civil**
Organização	**Piramidal Hierárquica**	**Rede**
Gestão	**Monocrática**	**Democrática**

[72] AMIN, Andréa Rodrigues. Op. cit. pág. 66.

CAPÍTULO 4 - DOS PRINCÍPIOS GERAIS

1 - Introdução:

Após tratar da proteção integral e situação irregular, cabe comentar outros princípios sobre o Direito da Criança e do Adolescente.

É comum tratarmos a proteção integral como um princípio, mas a ela deve ser dado valor maior, já que é fruto da árdua evolução de tratamento envolvendo crianças e adolescentes, além de ter sido adotada pela Constituição da República e Convenção sobre os Direitos das Crianças, vez que ambas reconhecem a condição de sujeitos de direitos aos que ainda não completaram 18 anos.

Justamente nesse sentido que Rossato, Lépore e Cunha consideram a proteção integral como metaprincípio.[73] Nucci, a seu turno, trata de outros princípios e os considera como subprincípios da proteção integral. Dentre eles está o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.[74]

Entendemos que os princípios a serem abordados nesse capítulo representam a consequência da doutrina da proteção integral, atualmente vigente. Deixamos claro que outros princípios específicos serão abordados no decorrer desse Manual. Nesse capítulo enfrentaremos apenas aqueles que consideramos como princípios gerais do Direito da Criança e do Adolescente, ou seja, os princípios que se aplicam em qualquer tema que envolva a matéria.

2 - Princípio da absoluta prioridade:

2.1) Base constitucional/legal e natureza da responsabilidade:

O princípio da absoluta prioridade possui expressa previsão constitucional no artigo 227 ao colocar a família, a sociedade e o Estado como **devedores** do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, tendo como credores a criança, o adolescente e o jovem. O dispositivo constitucional também determina que crianças, adolescentes e jovens devem ficar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tratou desse princípio no artigo 4° e no artigo 100, PU, II. Por amor ao detalhe, vale ressaltar que o artigo 4° do ECA incluiu entre os **devedores** a "comunidade". Não obstante tratar-se de conceito vago e impreciso, a doutrina assevera que "ao acrescentar a comunidade à enumeração constante da Constituição, o legislador apenas destacou uma espécie de agrupamento que existe dentro da sociedade e que se caracteriza pela vinculação mais estreita entre seus membros, que adotam valores e costumes comuns. Foi bem inspirada essa referência expressa à comunidade, pois os grupos comunitários, mais do que o restante da sociedade, podem mais facilmente saber em que medida os direitos das crianças e dos adolescentes estão assegurados ou negados

---

[73] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 65.

[74] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 8.

em seu meio, bem como os riscos a que eles estão sujeitos."[75]

Quando dissemos que família, sociedade e Estado são "devedores" o objetivo é deixar claro que podem ser cobrados, inclusive judicialmente, para atender os comandos decorrentes da absoluta prioridade. Vamos além: entendemos que a responsabilidade da família, sociedade e Estado é solidária, ou seja, todos podem ser acionados e qualquer um pode ser cobrado pela integralidade de sua prestação. No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari esclarece que "todas as entidades referidas no artigo 4° do Estatuto são solidariamente responsáveis pela efetivação dos direitos ali enumerados e, de uma forma ou de outra, sempre poderão tomar alguma iniciativa para que aqueles direitos se concretizem."[76]

Um exemplo ajuda a elucidar o que estamos a dizer: em caso de criança sem condições de se alimentar adequadamente, eventual ação poderá ser ajuizada em face dos pais, do Poder Público por meio de sua rede assistencial e também de eventuais organizações não governamentais que atuem na região em que a criança reside e tenham por finalidade o resguardo de seus direitos.

Logo, se uma igreja presta, voluntariamente, serviços em determinada área com o objetivo de atender crianças e adolescentes, deve ela ser instada a cuidar de criança específica, dentro da área de abrangência, que não esteja recebendo a devida atenção. É claro que isso precisa ser feito com o devido cuidado para evitar que boas práticas restem inviabilizadas economicamente pela imposição de obrigações judiciais. Vale destacar que diversas religiões prestam efetivo atendimento dentro do sistema socioeducativo. Logo, caso estejam privilegiando adolescentes em detrimento de outros, poderão ser compelidas a ampliar o atendimento para todos os que tenham seus direitos básicos ignorados.

Reconhecemos que nossa posição não é pacífica. Liberati afirma que o artigo 227 da CRFB "determina que, primeiro, a família e, supletivamente, o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar, por todos os meios, de todas as formas e com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à constituição de um homem civilizado."[77] Com o devido respeito que merece o autor, não vislumbramos no texto constitucional qualquer indício de responsabilidade subsidiária.

2.2) Conteúdo da prioridade absoluta:

Para evitar que a prioridade absoluta se transforme em uma mera expressão vaga e imprecisa é preciso trazer contornos claros ao princípio. De acordo com a doutrina, tal princípio "estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela

---

[75] DALLARI, Dalmo de Abreu. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir. Coordenadores. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. – 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 68.

[76] DALLARI, Dalmo de Abreu. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir. Coordenadores. Op. cit. pág. 72.

[77] LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 11ª edição, revista e ampliada. – São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 18.

nação por meio do legislador constituinte."[78]

Em passagem clássica sobre o assunto, Liberati expõe que "por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante."[79]

Com o fim de concretizar ao máximo o princípio da prioridade absoluta, o artigo 4°, parágrafo único do ECA, trouxe, **em caráter exemplificativo**, algumas hipóteses de sua aplicação:

a. **Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias:** embora a lei tenha mencionado "em qualquer circunstância" deve-se interpretar o dispositivo como a primazia nos casos em que várias pessoas estejam na mesma situação fática. Assim, se ocorre um desabamento e uma criança se encontra soterrada nas mesmas condições e circunstâncias de um adulto, deve aquela ser resgatada em primeiro lugar. Por outro lado, se no desabamento a criança sofreu leves arranhões, nada justifica que o serviço de resgate se concentre em fazer o curativo no infante deixando de lado outras pessoas, independentemente da idade, que ainda possam ser retiradas do local com vida.
b. **Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública:** aplica-se aqui o mesmo raciocínio exposto no item anterior. Não cabe aplicar essa alínea fugindo do caso concreto e do bom senso que deve nortear os prestadores do serviço;
c. **Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas:** aqui o legislador buscou vincular o Poder Executivo a cumprir suas obrigações. Existem pequenos Municípios brasileiros que realizam grandes festas para comemorar a passagem de ano, mas alegam não ter recursos para incluir todas as crianças locais em creches. É evidente a afronta ao texto do ECA e também da Constituição;
d. **Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude:** a alínea "d" deve ser vista como um pressuposto das demais. Afinal, sem recursos não há equipe de resgate para cumprir a alínea "a", nem serviços públicos para cumprir a alínea "b". Obviamente, a alínea "c" só ocorrerá se houver dinheiro, vez que políticas sociais públicas não são gratuitas. Muito pelo contrário, as pessoas que trabalham buscam receber sua justa contraprestação, de forma que a destinação de recursos públicos é essencial.

2.3) Conflito entre destinatários do princípio da prioridade absoluta:

O Estatuto da Criança e do Adolescente não é o único diploma a prever o princípio da prioridade absoluta. O artigo 3° do Estatuto do Idoso (lei 10.741/03) também se refere

---

[78] AMIN, Andréa Rodrigues. Op. cit. pág. 68/69.

[79] LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit. pág. 19.

a esse princípio em moldes bastante similares ao que ocorre no ECA.

Alguns incisos do artigo 3° da lei 10.741/03 não possuem potencial para conflitar com o ECA. O inciso VII, por exemplo, estatui que a garantia de prioridade compreende o "estabelecimento de mecanismos que favoreça a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento". Não se vislumbra em tal dispositivo a possibilidade efetiva dessa prioridade absoluta conflitar com a absoluta prioridade do ECA.

Todavia, o artigo 3°, PU, III do Estatuto do Idoso diz que a prioridade compreende a "destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso." No mesmo sentido é a previsão do ECA, comentada no item anterior (artigo 4°, PU, "d").

Assim, resta a pergunta: em eventual conflito entre a prioridade absoluta do ECA e a prioridade absoluta do Estatuto do Idoso, qual prevalece?

A doutrina controverte sobre a questão. De um lado, temos a professora Andréia Amin sustentando que "se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos são necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para idosos é infraconstitucional, estabelecido no art. 3° da Lei n. 10.741/2003, enquanto a prioridade em favor de crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral".[80]

Por outro lado, temos a posição de Renan Paes Félix, ao qual nos filiamos, no sentido de que "o deslinde do caso concreto demandará a ponderação de interesses e a utilização da proporcionalidade e razoabilidade."[81] É de se dizer: somente diante do caso concreto se saberá qual prioridade prevalecerá.

Utilizando o exemplo da professora Andréia Amin, podemos chegar a seguinte situação: o administrador precisa construir uma creche para abrigar 20 crianças, vez que as creches já existentes estão com as vagas esgotas. O administrador também precisa construir um abrigo para 200 idosos. Nesse caso, seria razoável interpretar a norma a tal ponto que deixe 200 idosos sem local adequado para ficar? Será que as creches existentes não poderiam suportar quantitativo de criança um pouco acima da capacidade? Nos parece que nessa hipótese a solução seria dar preferência ao abrigo para idosos e fazer com que as creches funcionem, ao menos temporariamente, acima de sua capacidade.

Portanto, em caso de conflito entre os princípios da prioridade absoluta previstos no ECA e no Estatuto do Idoso, entendemos que somente o caso concreto demonstrará qual a solução mais adequada.

2.4) Forma de concretização do princípio e legitimados:

Para concretizar o princípio da prioridade absoluta não se faz necessário ingressar no Judiciário.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 208 e seguintes cuida da

---

[80] AMIN, Andréa Rodrigues. Op. cit. pág. 69.

[81] FÉLIX, Renan Paes. Estatuto do Idoso – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 38.

tutela coletiva e admite que os órgãos públicos legitimados tomem compromisso de ajustamento de conduta (artigo 211). Além disso, é comum o uso de "recomendações" que é um documento, de caráter preventivo que pode anteceder, caso descumprida, o ajuizamento de ação civil pública.

É claro que frustradas tentativas extrajudiciais, o manejo da ação perante o Judiciário será o caminho adequado.

De acordo com o Estatuto, as ações coletivas podem ser ajuizadas pelo Ministério Público; União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios; e associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo ECA.[82]

Não podemos esquecer da legitimidade da Defensoria Pública para ação coletiva, considerando sua inclusão no rol de possíveis autores a partir da Lei 11.448/07 que alterou o artigo 5° da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85). Acrescenta-se que dentre as funções institucionais da Defensoria está a de exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente (LC 80/94, art. 4°, XI). Ademais, o STF reconheceu a constitucionalidade da legitimidade coletiva da Defensoria Pública na ADI 3943/DF.

Portanto, apesar de não constar expressamente no ECA, é evidente a possibilidade da Defensoria ingressar com ação coletiva para resguardar direitos afetos a crianças e adolescentes, inclusive violações ao princípio da absoluta prioridade.

Ainda tratando da legitimidade, não podemos deixar de lado o interesse individual da própria criança/adolescente que, representado ou assistido, tem o direito de exigir dos devedores o cumprimento das obrigações decorrentes da absoluta prioridade. É o exemplo da postulação de vaga em creche, amparado na absoluta prioridade em receber educação.

3 - Princípio do interesse superior da criança e do adolescente/melhor interesse da criança e do adolescente:

3.1) Base normativa e conceito:

O princípio do melhor interesse possui fundamento em vários diplomas normativos. O princípio 2 da Declaração de Direitos das Crianças de 1959 afirma que "a criança gozará de proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo **levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança**." Na mesma linha é o artigo 3.1 da Convenção dos Direitos das Crianças ao estabelecer que "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o interesse maior da criança**".

O Estatuto da Criança e do Adolescente define esse princípio narrando que a "intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no

[82] Art. 210.

âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (art. 100, PU, IV)."

Diante dessa sustentação normativa, conceituamos tal princípio como sendo a análise do que é melhor para a vida da criança e adolescente em face do caso concreto apresentado.

Apesar desse princípio servir de norte também ao legislador e ao administrador, consideramos difícil estabelecer genericamente o que seria o melhor interesse de determinada criança ou adolescente. Acreditamos que sua aplicação se coaduna com uma avaliação individual, o que se mostra inviável para a lei. É claro que a legislação buscará o que for de melhor interesse àqueles que ainda não completaram 18 anos, mas o caso concreto pode demonstrar que o caminho a seguir é diverso daquele previsto genericamente.

Dá-se um exemplo: o artigo 19 do ECA cuida do princípio da prevalência da família natural e excepcionalidade da família substituta. Todavia, em caso de maus tratos praticados pelos pais a um recém nascido, será que o melhor interesse é buscar de forma incessante membros da família ampliada (art. 25, PU do ECA) que podem residir longe da criança e possuam pouco contato com o infante ou a colocação para adoção lhe é mais conveniente? A resposta só o caso concreto definirá! A lei não consegue fazer essa previsão e acertar sempre o que é melhor para a criança e adolescente.

Outro exemplo solidificará o que estamos a afirmar: um casal que mantém a criança sob sua guarda desde o nascimento até os 2 anos de idade, de acordo com o artigo 50, § 13, III do ECA, não teria direito à adoção *intuito personae*, ou seja, aquela que não observa a ordem legal do cadastro de adotantes, vez que o Estatuto se refere a criança com mais de 3 anos. Entretanto, é certo que o vínculo de afetividade pode ser formar com menos de 3 anos e isso só será aferido diante do caso concreto.

Nesse sentido há decisão do STJ relacionado a uma criança de 2 anos e 5 meses que estava com a mesma família por um período de 2 anos. O entendimento deixou claro que o melhor interesse da criança e do adolescente é **a base de todo o sistema de proteção**: "A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. **A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção**. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial."[83]

Seguindo o mesmo raciocínio, o Comentário Geral 14/2013 do Comitê da ONU sobre os Direitos das Crianças, afirma que "o conceito de interesse superior da criança é flexível e adaptável. Deve ser ajustado e definido de forma individual, com apoio na situação concreta da criança ou crianças afetadas tendo em vista o contexto e as necessidades pessoais. No que diz respeito às decisões particulares, deve ser analisado e determinado o interesse superior da criança em função das circunstâncias específicas de cada criança em concreto. Quanto às decisões coletivas (como as que toma o legislador), deve ser analisado e determinado o interesse coletivo da criança em geral, atendendo às circuns-

---

[83] REsp 1347228/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012.

tâncias do grupo concreto ou das crianças em geral."[84]

O Comitê esclarece também que o superior interesse da criança é um conceito triplo:

a. Um direito substantivo: o interesse superior da criança deve receber uma consideração primordial na ponderação diante de distintos interesses para tomar uma decisão. Sempre que for decidida uma questão que afete uma criança, esse direito deverá ser colocado em prática.

b. Um princípio jurídico interpretativo fundamental: se uma disposição jurídica admite mais de uma interpretação, deve ser eleita a interpretação que satisfaça de maneira mais efetiva o interesse superior da criança. Os direitos consagrados na Convenção [dos Direitos das Crianças] e seus Protocolos facultativos estabelecem o marco interpretativo.

c. Uma norma de procedimento: sempre que se tenha que tomar uma decisão que afete uma criança em concreto, a um grupo de crianças em concreto ou as crianças em geral, o processo de adoção de decisões deve incluir uma estimativa das possíveis repercussões (positivas ou negativas) da decisão na criança ou nas crianças interessadas. A análise e a determinação do interesse superior da criança requerem garantias processuais. Além disso, a justificação das decisões deve deixar claro que foi levado em conta explicitamente esse direito. Nesse sentido, os Estados Partes devem explicar como foi respeitado esse direito na decisão, isto é, que chegou-se à conclusão que o interesse superior da criança estava sendo atendido, em quais critérios a decisão foi baseada e como foram ponderados os interesses da criança frente a outras considerações.[85]

Portanto, o princípio do melhor interesse não pode ser dissociado do caso concreto e deve ser aplicado com observância do "conceito triplo" recomendado pelo Comitê da ONU sobre os Direitos das Crianças.

3.2) Melhor interesse e Código de Menores:

Interessante notar que o Código de Menores, em seu artigo 5°, já fazia previsão do princípio em comento, nesses termos: "Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado." O dispositivo seguiu o princípio 2 da Declaração dos Direitos das Crianças, já transcrito no item anterior.

Não podemos afirmar que o sentido do melhor interesse do Código de Menores é o mesmo que atribuímos hoje. Com efeito, a doutrina que vigorava à época do Código revogado era a da situação irregular, que se enquadrava na fase tutelar de evolução do Direito da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, o Código de Menores fazia previsão desse princípio, mas sua aplicação variava de acordo com o entendimento do julgador, sem que houvesse participação da criança ou adolescente. É uma consequência da ideia de que os "menores" eram objeto de

---

[84] PAIVA, Caio. Op. cit. pág. 173.

[85] PAIVA, Caio. Op. cit. pág. 172.

direitos. Em outras palavras: o magistrado "sabia o que era melhor para o menor".

Como assinala a professora Cristiane Dupret "muito cuidado deve-se tomar ao interpretar a nova doutrina em conjunto com o princípio do superior interesse do menor, pois este já era citado na legislação menorista de 1979. No entanto, a ótica do superior interesse do menor permitiu, por muitos anos, que situações absurdas fossem impostas principalmente aos adolescentes em conflito com a lei, sob a justificativa de que determinadas medidas que não possuíam a natureza de pena seriam impostas para o bem do menor, sempre com o argumento de que o adulto, em especial o julgador, saberia exatamente o que seria o superior interesse do menor."[86]

Acrescenta Andréia Amin que "na vigência do Código de Menores, a aplicação do superior interesse limitava-se a crianças e adolescentes em situação irregular. Agora, com a adoção da doutrina da proteção integral, a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infantojuvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar."[87]

Diferente ocorre atualmente, sendo exemplo claro o artigo 28, § 2° do ECA que exige consentimento do maior de 12 anos para colocação em família substituta. Em outras palavras: o adolescente participa e decide o que é o seu interesse superior.

Por tais motivos, vemos que o Código de Menores adotou o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mas houve mudança de enfoque com o advento da doutrina da proteção integral.

4 - Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento:

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento traz, em essência, uma forma de reconhecer a específica situação de crianças e adolescentes. Logo, estamos diante de norma que retrata uma situação de fato, qual seja: crianças e adolescentes mudam, fisicamente e emocionalmente, com mais rapidez que um adulto.

Basta pensar na diferença evidente quando se compara criança de 1 ano com outra criança de 2 anos. Essa distinção não se faz tão clara quando se compara um adulto de 30 anos a outro de 31 anos. Com efeito, "o paradigma da norma jurídica especial distingue-se daquela que regula relações interpessoais do mundo adulto exatamente em razão da inconstância de um dos seus sujeitos, envolvidos por rápidas e constantes modificações, relevadas pelo Direito como forma de atentar para as desigualdades de um dos partícipes da relação jurídica."[88]

Esclarecedor é o ensinamento de Antônio Carlos Gomes da Costa, ao lecionar que "a afirmação da criança e do adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto

---

[86] DUPRET, Cristiane. Op. cit. pág. 43.

[87] AMIN, Andréa Rodrigues. Op. cit. pág. 76.

[88] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. cit. pág. 38.

portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado."[89]

Portanto, mais do que um princípio, estamos diante de uma realidade e de um alerta para os que atuam com a matéria: não podemos enxergar as demandas de crianças e adolescentes com a nossa visão de mundo. É preciso se transportar para a realidade de vida e de desenvolvimento de cada um e, a partir desse ponto, buscar a solução adequada ao caso.

No que tange à adolescência, é oportuno trazer a lição de Arminda Aberastury para quem "as mudanças psicológicas que se produzem neste período, e que são a correlação de mudanças corporais, levam a uma nova relação com os pais e com o mundo. Isto só é possível quando se elabora, lenta e dolorosamente, o luto pelo corpo de criança, pela identidade infantil e pela relação com os pais da infância."[90]

O artigo 6° do ECA aborda tal princípio como uma forma de interpretação da lei pelo magistrado. A inspiração desse dispositivo está no artigo 5° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, contudo, não se refere a interesses individuais e coletivos da criança e adolescente e também não menciona a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O artigo 69, I do Estatuto também exige atenção a esse princípio ao adolescente que está se profissionalizando e trabalhando. Na mesma linha, no Título III – da prevenção – merece destaque o artigo 71 ao professar que "a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que **respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento**".

Além disso, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é um princípio específico da medida socioeducativa de internação, conforme art. 121 do ECA.

Portanto, vemos que trata-se de um princípio geral do Direito da Criança e do Adolescente, mas que foi realçado em alguns assuntos específicos tratados pelo Estatuto.

5 - Princípio da vedação ao tratamento mais gravoso:

A vedação ao tratamento mais gravoso não costuma ser abordada pela doutrina como um princípio geral do Direito da Criança e do Adolescente. Do ponto de vista legal, trata-se de um princípio da execução das medidas socioeducativas, conforme artigo 35, I da Lei 12.594/2012 – Lei do SINASE.[91].

Tal princípio também é lembrado pelo artigo 54 das Diretrizes de RIAD, quando

[89] COSTA, Antônio Carlos Gomes. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 96/97.

[90] ABERASTURY, Arminda. Adolescência normal, por Arminda Aberastury e Maurício Knobel. Trad. de Suzana Maria Garagoray Ballve. Porto Alegre, Artes Médicas, 1981, pág. 13.

[91] Em provas de concurso, notadamente nas objetivas, o candidato deve atentar ao conteúdo legal. Logo, para esse tipo de certame, deve-se considerar o princípio da vedação ao tratamento mais gravoso como um princípio da execução das medidas socioeducativas e não um princípio geral do Direito da Criança e do Adolescente, como se sustenta nesse livro.

afirma que "todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem".

Entretanto, ao nosso sentir, o princípio deve ser ampliado para todo o direito infantojuvenil. Isso porque, se o ordenamento jurídico considera uma idade abaixo da qual as pessoas merecem proteção especial, não é crível entender que ela pode ter um tratamento mais gravoso do que as pessoas que se encontram acima daquela idade estipulada.

Em verdade, essa conclusão é intuitiva!

Por óbvio, a vedação ao tratamento mais gravoso fica clara quando estamos diante da prática e execução de ato infracional, mas não podemos estabelecer tal limitação.

A jurisprudência, apesar de não mencionar expressamente o princípio, reconhece sua essência mesmo nas hipóteses dissociadas da prática de ato infracional. Interessante caso chegou ao STF. Tratava-se de pedido de salário-maternidade a trabalhadora que não havia completado 14 anos, ou seja, seu trabalho não estava em harmonia com a idade prevista constitucionalmente no artigo 7°, inciso XXXIII. Ocorre que, mesmo em desarmonia com a CRFB, a situação de fato era a de uma adolescente que trabalhava. A ela foi negado o salário maternidade.

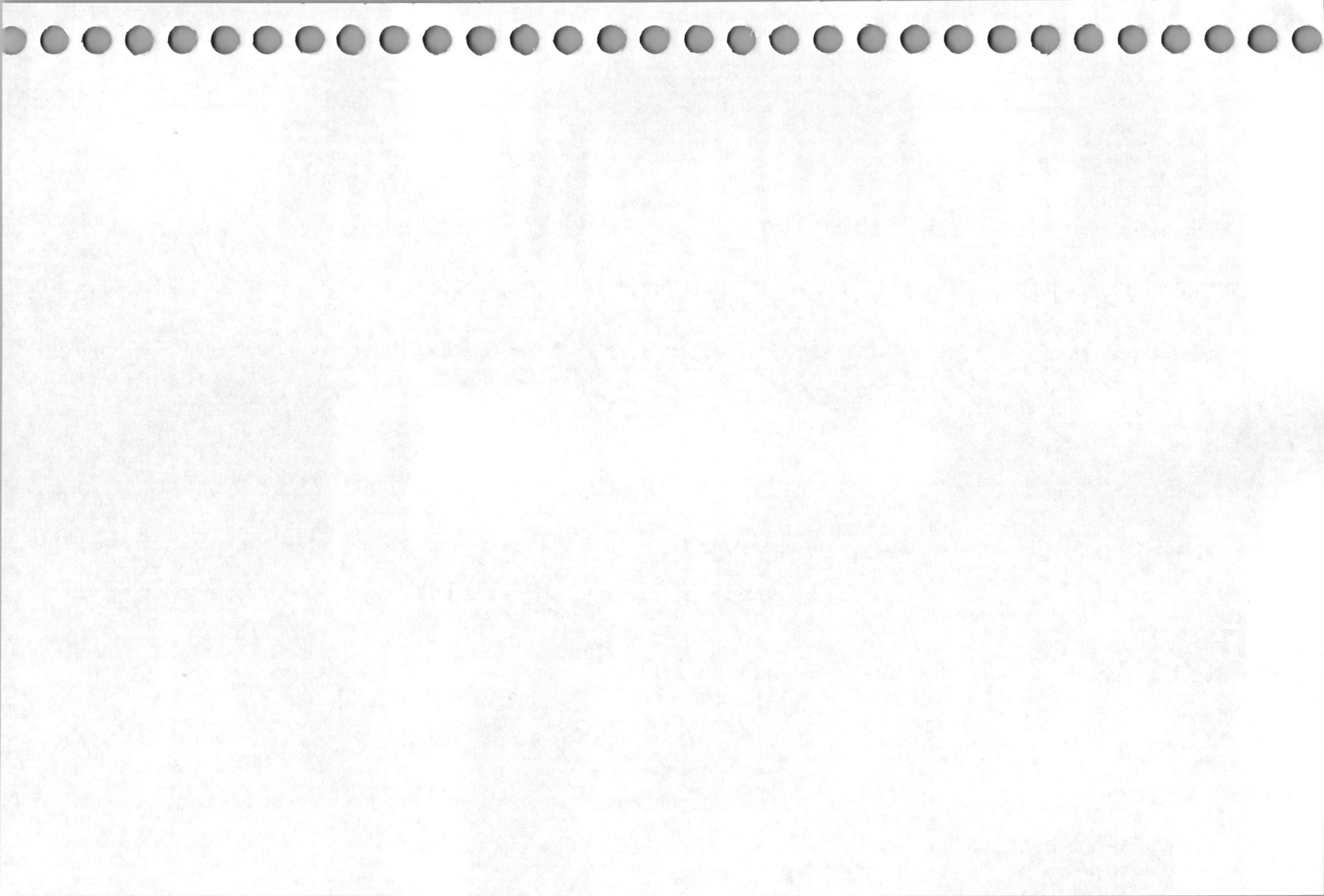
O STF, todavia, reformou a decisão das instâncias inferiores, ressaltando que a norma constitucional é protetiva e não pode ser aplicada em desfavor dos seus beneficiários:

> (...) DIREITO PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. ART. 7º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA PROTETIVA QUE NÃO PODE PRIVAR DIREITOS. PRECEDENTES. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 7º, XXXIII, da Constituição "não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos" (RE 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli).(...) (RE 600616 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014.)

Muito embora o acórdão trate de situação específica – trabalho a adolescentes – o fundamento demonstra que se o ordenamento fixa uma idade e confere às pessoas que ainda não a completaram uma proteção especial, não cabe aplicar ao "protegido" norma mais gravosa do que a utilizada em favor de pessoas sem essa proteção especial. Trazendo a questão para o caso jurisprudencial: se uma mulher de 25 anos de idade trabalha e tem direito a salário-maternidade, por qual razão uma adolescente de 13 anos não teria igual direito? Não faz nenhum sentido proteger determinado grupo de pessoas ao mesmo tempo em que se lhe aplicam regras mais desfavoráveis.

Portanto, **e assumindo que somos isolados nesse particular**, nossa posição é no sentido de que a vedação ao tratamento mais gravoso se enquadra como um princípio geral do Direito da Criança e do Adolescente.

Segunda Parte

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

TÍTULO 1

DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

1 - Competência legislativa – um "Estatuto" para crianças e adolescentes:

De acordo com o artigo 24, XV da CRFB, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção à infância e à juventude. A competência concorrente confere à União o estabelecimento de normas gerais, ao passo que Estados e Distrito Federal tratam de normas específicas.

A normal geral básica de proteção à infância e juventude é o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei. 8.069/90 – que certamente é a principal normativa sobre o tema. Todos os dispositivos do Estatuto são normas gerais. Logo, sua aplicação é obrigatória no território nacional. Além disso, não cabe à legislação local dispor de forma contrária ao Estatuto, pois sua função é simplesmente esmiuçar os direitos ali previstos de acordo com as peculiaridades de cada Estado ou do DF.

Exemplificando: a norma estadual pode conferir a um órgão específico o transporte de adolescentes a quem se atribua prática de ato infracional. Todavia, não poderá permitir que tal transporte seja em compartimento fechado de veículo policial, já que estaria em confronto com o artigo 178 do ECA.

Importante mencionar que o termo "Estatuto" não foi escolhido à toa. Com efeito, "a Lei 8.069 preferiu o termo *estatuto* em razão de este expressar direitos. O termo *código* foi preterido em razão de vincular ao aspecto punitivo, tal qual o Código Penal."[92]

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma carta de direitos destinada a resguardar quem ainda não completou 18 anos de idade e, excepcionalmente, quem se encontra na faixa entre 18 e 21 anos (artigo 2°, PU do ECA).

2 - Conceito de criança e adolescente:

O conceito de criança e de adolescente está previsto no artigo 2° do Estatuto. Considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze anos e dezoito.

A redação ficaria mais clara se dissesse que adolescente é a pessoa com doze anos de idade completo e dezoito anos incompletos.

Esmiuçando o conceito: criança é a pessoa que ainda não fez aniversário de 12 anos. No dia de seu aniversário de 12 anos ela deixa de ser criança e passa a ser adolescente.

Já o adolescente, apesar da redação legal, é aquele que completou 12 anos e ainda não fez o aniversário de 18 anos. No dia de seu aniversário de 18 anos ele deixa de ser adolescente e passa a ser considerado somente jovem de acordo com a Lei 12.852/13 – Estatuto da Juventude.

O critério adotado no ECA é puramente **cronológico (cronológico absoluto)**. Não há qualquer relação com o desenvolvimento físico ou psicológico da pessoa. Assim, quem

---

[92] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 21.

tem 17 anos e aparenta fisicamente ter 20 e possui maturidade acima de sua idade não é considerada adulta/jovem. Ela continua sendo adolescente e, por isso, destinatária de todos os direitos previstos na Lei 8.069/90.

Não obstante o conceito legal, o próprio Estatuto admite sua aplicação, **excepcionalmente** e nos **casos expressos em lei**, às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Exemplo dessa aplicação na parte protetiva do ECA é o artigo 40 ao estabelecer que o adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, **salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes**. Na parte infracional, o artigo 121, § 5° dispõe sobre a liberação compulsória do adolescente que cumpre medida socioeducativa de internação aos 21 anos. Ora, se existe essa disposição fica claro que o Estatuto fez uma previsão de aplicação a quem se encontra na faixa etária entre 18 e 21 anos.

3 - Emancipação e sua influência no Direito da Criança e do Adolescente:

Como exposto no tópico acima, o conceito de criança e adolescente tem como base um critério puramente cronológico. Assim, não há qualquer relação com a capacidade civil.

O artigo 5°, parágrafo único do Código Civil traz hipóteses de cessação da incapacidade – é a chamada emancipação. O término da incapacidade não leva ao término na condição de criança ou adolescente. "Nessa linha, não há que se ponderar a respeito dos efeitos jurídicos da emancipação em relação aos direitos positivados pelo Estatuto. A emancipação é instituto jurídico que só gera efeitos patrimoniais, notadamente nas relações entre particulares, não maculando qualquer direito fundamental especialmente assegurado. Em resumo: nenhum adolescente deixa de ser titular de direitos assegurados no Estatuto porque se emancipou, sob pena de imperdoável ofensa à doutrina da proteção integral."[93]

Todavia, não podemos esquecer que a emancipação é uma forma de extinção do poder familiar (artigo 1.636, II do Código Civil). Dessa maneira, as regras do Estatuto que tenham relação com o exercício do poder familiar deixam de ser aplicáveis em virtude da emancipação, mas o mesmo não acontece com os direitos e garantias estipulados a favor das crianças e adolescentes.

Nessa toada, é a doutrina de Andréa Amin quando trata da emancipação e explica que "seus efeitos no âmbito infantojuvenil restringem-se às hipóteses pertinentes ao poder familiar, à guarda ou que dependam de autorização dos pais, em razão do exercício do poder familiar, ora extinto. Assim, no âmbito da prevenção, a título de exemplo, poderá o emancipado se hospedar em hotel sem autorização dos pais ou responsável (art. 82) ou viajar sem precisar de autorização expressa (art. 84)." Complementa a autora afirmando que "direitos fundamentais e normas de garantia à formação do adolescente até o alcance de sua maturidade fisiológica continuam aplicáveis ao menor emancipado."[94]

4 - Outras idades no ordenamento brasileiro:

Além do conceito de crianças e adolescentes, temos outras idades no ordenamento jurídico brasileiro que são dignas de nota.

---

[93] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 76.

[94] AMIN, Andréa Rodrigues. Op. cit. pág. 83.

O Estatuto da Primeira Infância – Lei 12.257/16 – estabelece que "considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança".[95] O professor José Roberto Sotero de Mello Porto ensina que "uma criança estará no período da primeira infância até o dia em que comemora seu sexto aniversário. No dia seguinte, com seis anos e um dia, já terá saído da primeira infância."[96]

Com base no conceito de primeira infância vemos que nosso ordenamento agregou uma característica a certa faixa etária das crianças – se ela estiver nos 6 primeiros anos de vida será considerada uma **criança em primeira infância**.

O Estatuto da Juventude – Lei 12.852/13 - considera jovem a pessoa com idade entre 15 e 29 anos.[97] Nesse caso, "existe uma interseção com o conceito de adolescente (que vai dos 12 aos 18 anos, na forma do art. 2° do ECA), no caso dos jovens de 15 a 18 anos. Nesses casos, o Estatuto deu a solução, no § 2° do seu artigo 1°: *prevalecem as previsões do ECA e, subsidiariamente, as do Estatuto da Juventude, desde que não conflitem com as normas do ECA (de proteção integral do adolescente)."*[98]

O Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03 - também prevê sua destinação às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.[99] Vale esclarecer que o próprio Estatuto contém idades diferentes para direitos específicos como ocorre no artigo 34, que dispõe sobre benefício assistencial ao idosos, a partir de 65 anos. Todavia, as idades específicas expressas na Lei 10.741/03 não alteram o conceito legal de idoso.

Para visualizar com nitidez as idades de nosso ordenamento jurídico propõe-se o seguinte quadro:

IDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	
Criança (art. 2° do ECA)	**Pessoa com até 12 anos incompletos.**
Adolescente (art. 2° do ECA)	**Pessoa com 12 anos completos e 18 anos incompletos.**
Primeira infância – art. 2° da Lei 12.257/16	**Período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança**
Jovem - Lei 12.852/13 – art. 1°, § 1°	**Pessoa com idade entre 15 e 29 anos.**
Idoso - Lei 10.741/03 – art. 1°	**Pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.**

---

95 Art. 2°.

96 PORTO, José Roberto de Mello. Estatuto da Juventude e da Primeira Infância – Salvador: Juspodivm, 2017, pág. 16.

97 Art. 1°, § 1°.

98 PORTO, José Roberto de Mello. Op. cit. pág 68.

99 Art. 1°.

5 - Da complementaridade dos direitos previstos no ECA:

O artigo 3° e seu parágrafo único trazem disposições importantes ao ECA, mas que já seriam extraídas do próprio sistema estatutário, caso não estivessem expressamente previstas.

O parágrafo único do artigo 3° apregoa que os direitos enunciados na Lei 8.069/90 são aplicáveis a todas as crianças e adolescentes, independentemente de suas diferenças, relacionadas a situação familiar, raça, etnia, deficiência, etc. Trata-se de uma consequência da proteção **integral**. Como o próprio nome já diz, se a proteção é **integral**, ela se aplica a todas as crianças e adolescentes.

Já o artigo 3°, *caput* expõe que os direitos previstos no ECA se complementam aos direitos previstos em relação ao resto da coletividade. Trocando em miúdos: crianças e adolescentes possuem todos os direitos conferidos às pessoas em geral, **ao que se somam** os direitos previstos especificamente no ECA.

Interessante citar a Opinião Consultiva número 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata da identidade de gênero. De acordo com a Corte:

> "(...) as considerações relacionadas com o direito à identidade de gênero que foram desenvolvidas anteriormente também são aplicáveis às crianças que desejem apresentar solicitações para que se reconheça nos documentos e registros sua identidade de gênero autopercebida. Este direito deve ser entendido conforme as medidas de proteção especial que existam a nível interno em conformidade com o artigo 19 da Convenção, as quais devem estar necessariamente em concordância com os princípios do interesse superior das crianças, da autonomia progressiva, a ser escutado e a que se leve em conta sua opinião em todo procedimento que o afete, em respeito ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, assim como ao princípio de não discriminação. Por último, resulta importante ressaltar que qualquer restrição que se imponha ao exercício pleno desse direito através de disposições que tenham como finalidade a proteção das crianças, somente poderá justificar-se conforme a esses princípios e a mesma não deverá resultar desproporcional (...)"[100]

Vale acrescentar que os direitos previstos no ECA são indisponíveis e têm caráter sócio-individual. Essa é a lição da doutrina ao afirmar que o caráter sócio-individual "é a essência das regras atinentes ao Direito da Criança e do Adolescente. Seu cerne repousa em titularidade dual complementar, de modo que é possível afirmar que a efetivação da norma jurídica especial interessa igualmente à criança ou adolescente e à sociedade. Por esta razão simples e lógica é que os Direitos da Criança e do Adolescente são considerados indisponíveis. Não o são porque não podem ser objeto de renúncia, transação ou qualquer outra forma de uso livre, equívoco de quem define uma coisa pelos seus efeitos e não por sua natureza."[101]

---

[100] PAIVA, Caio. Op. cit. pág. 147.

[101] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. cit. pág. 25/26.

TÍTULO 2

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ECA cuidou dos direitos fundamentais no Título II de seu texto. É preciso repetir que os direitos conferidos às crianças e adolescentes são somados aos direitos estipulados para a população de forma geral. Não existe exclusão, mas sim complementaridade.

Logo, os direitos previstos nos capítulos constantes no Título II não excluem aqueles inerentes à pessoa humana, conforme artigo 3° do Estatuto.

CAPÍTULO 1 - DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE

1 - Do início dos direitos da pessoa:

O artigo 2° do Código Civil estabelece que a personalidade começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Tal regramento chama a atenção dos estudiosos quando se dividem entre a teoria natalista do início da personalidade ou a teoria concepcionista.

O ECA revela mais um traço da teoria da concepção, já que seu artigo 7° diz que crianças e adolescentes "têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o **nascimento** e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência."

O que se percebe é que o Estatuto encara a gestação como parte essencial no desenvolvimento da pessoa humana – uma gestação adequada é um direito fundamental do nascituro e não só da mãe.

2 - Da gravidez humanizada:

De forma a concatenar melhor os direitos previstos no ECA, dividiremos esse tópico em direitos durante a gestação/parto e direitos após o nascimento.

2.1) Direitos durante a gestação e o parto:

Como consequência do direito ao nascimento sadio e harmonioso, é necessário estipular a importância social da gravidez humanizada. "Há muita polêmica sobre o que é um parto humanizado, mas a maioria aceita que é aquele em que as decisões da mulher são levadas muito mais em conta do que em um parto convencional. Isso significa deixar a natureza fazer o seu trabalho, realizar um mínimo de intervenções médicas e apenas as autorizadas pela gestante – sempre levando em consideração a segurança e saúde dela e do bebê".[102]

Nessa linha de raciocínio, o que se deve ressaltar nessa obra é o parto humanizado pela ótica do nascituro.

Com efeito, a gravidez é um fenômeno natural e o parto também assim deve ser con-

---

[102] Entenda como é o parto humanizado, disponível em [https://bebe.abril.com.br/gravidez/entenda--como-e-o-parto-humanizado/] acesso em 2 de março de 2019, 13h e 04 min.

siderado. O excessivo número de intervenções desnecessárias altera o desenvolvimento normal do parto e as consequências disso na vida da pessoa ainda são nebulosas.[103] Por isso é que a cesariana e outras intervenções cirúrgicas só devem ser aplicadas por motivos médicos[104] e não como uma regra. É claro que a vontade da gestante precisa ter papel decisivo na escolha da forma de parto.

Por tal motivo, a atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério foi assegurado a todas as gestantes ao lado do direito à nutrição adequada, atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal no âmbito do SUS. O artigo 8° do Estatuto teve sua redação alterada pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/16). A redação original previa somente atendimento pré e perinatal pelo SUS.

A gestante que não iniciar ou a que abandonar o pré-natal será objeto de "busca ativa" por parte da atenção primária. Em outras palavras: cabe aos profissionais da atenção primária ter conhecimento das mulheres grávidas e lutar para que o pré-natal seja feito adequadamente. Não basta aguardar o comparecimento espontâneo da gestante, afinal, a gestação é nela, mas o nascituro tem direito a um parto sadio e harmonioso.

O dispositivo menciona ainda que o planejamento reprodutivo é um direito assegurado a todas as mulheres. A relação desse direito com o bem estar da criança e do nascituro é óbvia: a gravidez deve ser vista como um momento de felicidade e não um problema que irá surgir com o nascimento da criança.

Entendemos que dar informações sobre planejamento reprodutivo envolve também informar sobre métodos contraceptivos e isso precisa ser ampliado às adolescentes. A gravidez não desejada na adolescência é motivo de extrema instabilidade familiar e não é viável adotar posturas moralistas para evitar que as adolescentes e os adolescentes[105] saibam como evitar a concepção. Como forma de chamar a atenção para a temática, a Lei 11.798/19 instituiu a "Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência", com ações a cargo poder público, em conjunto com organizações da sociedade civil (art. 8°-A do ECA).

O pré-natal é realizado por profissionais da atenção primária.[106] Com o fim de deixar a gestante mais à vontade com o local em que dará a luz, deve haver sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto.[107]

Chama a atenção duas resoluções do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro.

A primeira é a Resolução CREMERJ 265 de 2012 que veda a participação de médicos em partos domiciliares, inclusive de sobreaviso. O curioso da resolução está nos "considerando", onde há menção ao artigo 7° do ECA. A nosso ver, trata-se de normativa ilegal, já que contraria o direito ao nascimento harmonioso, e inconstitucional, pois afronta o

---

[103] Aos que se interessarem pelo tema vale assistir o documentário "O Renascimento do Parto".

[104] Art. 8°, § 8°.

[105] Ressalta-se também "os" adolescentes, já que o óbvio muitas vezes deve ser dito: o homem também é responsável por uma gravidez indesejada.

[106] Art. 8°, § 1°.

[107] Art. 8°, § 2°.

livre exercício de qualquer trabalho, direito esse garantido pelo artigo 5°, XIII da CRFB. Ora, se o médico, profissional qualificado que é, entende que o parto pode ser feito de forma acolhedora na residência da gestante e essa consente com isso, como é viável a entidade de classe se imiscuir no acordo entre profissional e gestante?

A segunda é a Resolução CREMERJ 266 de 2012 que diz ser "vedada a participação de pessoas não habilitadas e/ou de profissões não reconhecidas na área da saúde durante e após a realização do parto, em ambiente hospitalar, ressalvados os acompanhantes legais". Acrescenta ainda que "estão incluídas nesta proibição as chamadas "doulas", "obstetrizes", "parteiras", etc."

As chamadas "doulas" são profissionais, não necessariamente vinculadas à medicina, que buscam dar apoio físico e emocional às gestantes a fim de que o parto se desenvolva da maneira mais natural e tranquila possível. Levando em conta que o parto é algo natural, nada impede também que obstetrizes (normalmente enfermeiras) e "parteiras" participem do ato, desde que a gestante assim deseje.

Ora, da mesma forma exposta quando tratamos da primeira Resolução, essa também nos parece flagrantemente ilegal (violação ao artigo 7° e 8° do ECA) e inconstitucional (violação ao livre exercício de qualquer trabalho).

Além desses argumentos, o ECA garante que a gestante e parturiente tenha direito a um acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato (artigo 8°, § 6°). Nesse cômputo não deve ser incluído o genitor, já que esse, por direito próprio, pode estar presente no pré-natal, perinatal e pós-natal, com base no direito à convivência familiar (artigo 19 e seguintes do Estatuto). Trocando em miúdos: a gestante tem direito a estar com o genitor da criança **e mais** um acompanhante.

Por fim, deixamos claro que é lamentável a postura do CREMERJ em limitar dessa maneira o trabalho profissional dos médicos. Em essência, o objetivo dessas resoluções é atender a interesses de mercado. A gestante e o nascituro certamente não são o alvo da preocupação do órgão.

2.2) Direitos após o parto:

Após o parto, a alta hospitalar deve ser "responsável", ou seja, não é admissível alta antecipada com a finalidade oculta de liberar leitos de hospital.[108]

Além disso, deve-se ter total atenção ao estado puerperal, razão pela qual o Poder Público precisa proporcionar assistência psicológica à gestante e, principalmente, àquela que acabou de passar pelo parto, como se extrai do artigo 8°, § 5° do ECA.

Vale acrescentar que a ciência reconhece a importância do aleitamento materno, bem como da correta e saudável alimentação. Justamente por isso, o Estatuto prevê a necessidade de orientar e desenvolver ações sistemáticas individuais ou coletivas para viabilizar o aleitamento e alimentação complementar saudável. Apesar da orientação ser feita antes do nascimento, certo é que sua concretização ocorrerá após o parto, quando

---

[108] Art. 8°, § 3°.

o bebê se desenvolverá com boa alimentação e criando vínculos afetivos.[109] A genitora pode ter dificuldade em amamentar; por esse motivo, devem os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde, enquanto a mãe permanecer no hospital, acompanhar o processo de amamentação e orientar quanto à técnica adequada.[110]

Ainda sobre a importância do aleitamento, há previsão da necessidade dos serviços de terapia intensiva neonatal disporem de banco de leite humano ou unidade de coleta de leite humano.[111]

3 - Da manifestação de entrega para adoção:

É possível que a mãe expresse seu desejo de entregar o filho à adoção. Muito embora tal ato seja visto por parte da sociedade como um desleixo, em essência representa a verdadeira preocupação da genitora com o futuro de seu filho. Não existe abdicação maior do que entregar uma criança nascida de seu ventre para uma família que teoricamente cuidaria melhor do infante.

Por outro lado, acreditamos que a entrega não pode ser estimulada, sob pena de privilegiarmos possível venda de crianças e também o abuso e assédio sobre mães que, em sua maioria pobres, sintam-se pressionadas a praticar tal ato.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não primou pela boa técnica, vez que cuidou desse ato de entrega em diversos artigos, que não vieram em capítulo ou seção específica (8°, § 5°; 13, § 1°; 19-A e 166 do Estatuto). Por isso, tentaremos organizar o assunto.

3.1) Providências preliminares:

Assim que houver a manifestação de vontade para entregar o filho, a gestante ou mãe deve ser encaminhada – sem constrangimento – à Justiça da Infância e da Juventude (art. 13, § 1° e 19-A do ECA). Importante esclarecer que a manifestação de entrega pode se dar durante a gravidez ou após o nascimento do filho. Justamente por isso o artigo 13, § 1° se refere a "gestantes" ou "mães", expressões essas que foram repetidas no artigo 19-A. Caso o encaminhamento à Vara da Infância não seja feito, o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde respondem pela infração administrativa prevista no artigo 258-B do ECA.

A pessoa que manifestou o desejo de entrega deve receber assistência psicológica, de acordo com o artigo 8°, § 5° do ECA.

Necessário destacar que, respeitado o direito do filho em conhecer sua origem biológica (art. 48 do ECA), a mãe tem direito ao sigilo sobre o nascimento.[112] Ao comentar esse dispositivo, o CAO do Ministério Público do Paraná esclarece o seguinte: "Relativização do parto anônimo, que é definido pelo completo anonimato, sem qualquer registro dos dados da genitora. Aqui, a criança terá o nome da mãe em sua certidão de nascimento, a

---

[109] Art. 8°, § 7° e 9°, § 1°.

[110] Art. 10, VI.

[111] Art. 9°, § 2°.

[112] Art. 19-A, § 9°.

qual será retificada em caso de adoção. Há projeto de lei em andamento acerca do parto anônimo (PL 2747/2008)."

Esses são os primeiros passos a tomar após a manifestação de vontade da pessoa que quer entregar o filho à adoção. Cabe agora verificar o que deve ser feito quando o caso chega à Vara de Infância.

3.2) Procedimento a ser seguido na Vara da Infância:

Chegando o caso à Vara da Infância, a gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da própria Vara, que fará relatório. De posse desse relatório, a autoridade judiciária encaminhará a gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede de saúde e assistência social para atendimento especializado (art. 19-A, § § 1° e 2°).

Mesmo com a manifestação de entrega, é preciso buscar integrantes da família extensa[113], já que essa deve ser priorizada frente à família substituta ou acolhimento da criança. Todavia, se a genitora optar pelo sigilo, garantido no artigo 19-A, § 9° e 166, § 3° do ECA esse prevalecerá sobre a busca pela família extensa. Em outras palavras: caso seja requerido pela genitora o sigilo, o juízo acatará sua vontade e não buscará integrantes da família extensa.

Após isso, o Estatuto se manifesta de forma contraditória, como se vê no art. 19-A, § 4° e § 6°. Com efeito, de acordo com o § 4°, não havendo indicação do genitor ou representante da família extensa, a autoridade judiciária deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob guarda provisória de quem estiver habilitado. Já o § 6° estabelece que se o genitor ou representante da família extensa não comparecerem à audiência, haverá a suspensão do poder familiar da mãe e a criança será colocada sob a guarda de algum habilitado.

Diga-se que o § 6°, incluído pela Lei 13.509/17, havia sido vetado justamente pela incongruência com o § 4°. Destaque-se que o § 6° fala em suspensão do poder familiar e não em extinção. Ademais, diz que a suspensão será apenas do poder familiar **da mãe**. O que aconteceria com o poder familiar do pai? O dispositivo fez uma verdadeira colcha de retalhos no procedimento.

Mesmo com tal incongruência, o veto foi derrubado e os parágrafos estão em pleno vigor. Por isso, devemos interpretar a aplicação dos parágrafos e vamos nos valer, mais uma vez, das pertinentes considerações apresentadas pelo CAO – infância do Ministério Público do Paraná.

De acordo com a interpretação do CAO infância do MP/PR, o § 6° "trata do não comparecimento em audiência do genitor, nem representante da família extensa, para manifestar interesse em exercer o poder familiar ou a guarda. A lógica aqui é que se trate do suposto genitor indicado, mas não constante da certidão de nascimento da criança, em audiência de ação de destituição do poder familiar. Considerando que a suspensão do poder familiar da genitora somente poderá ser determinado em ação onde se assegure a ampla defesa e o contraditório, nos termos dos artigos 24, 155 e 169 do ECA."

Logo, no que tange ao genitor, tanto o § 4° quanto o § 6° tem uma semelhança: não

---

[113] Art. 19-A, § 3°.

consta seu nome no registro da criança. Todavia, a diferença é que se aplica o § 4° quando não há sequer a indicação de quem seja o genitor, ao passo que o § 6° é utilizado quando a mãe indica quem seria o genitor.

Questão: o procedimento do artigo 166, § 1° do ECA se aplica quando estivermos diante de manifestação de entrega?

Vamos explicar o problema: o artigo 166 do Estatuto cuida do caso em que os pais aderem expressamente ao pedido de colocação em família substituta. Na entrega da criança, que estamos a tratar, não há propriamente uma adesão à colocação em família substituta, mas um mero ato de entrega.

Todavia, entendemos que o artigo 166, § 1° também se aplica no ato de entrega. A uma, porque o caminho natural para o caso será a colocação em família substituta. A duas, porque o artigo 19-A, § 6° se refere a "audiência", o que também ocorre no artigo 19-A, § 8°. A três, porque a importância e seriedade do ato de entrega requer rito específico e detalhado para que não haja dúvidas sobre a vontade dos genitores.

Diga-se que o artigo 19-A, § 5° expressa que "após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1° do art. 166."

Portanto, a única interpretação razoável do dispositivo, junto com todos os outros que já foram analisados, é no sentido de que a genitora pode manifestar o consentimento antes ou depois do nascimento, mas, **em qualquer caso**, deverá passar pelo procedimento do artigo 166, § 1° do ECA, até porque tal consentimento só é válido após o nascimento da criança (artigo 166, § 6°).

3.2.1) Procedimento da audiência:

Passados no máximo dez dias da petição informando a vontade de entregar a criança ou da efetiva entrega, será realizada audiência na presença do Ministério Público. As partes serão ouvidas e deverão estão amparadas por advogado ou pela Defensoria Pública.[114]

O professor Paulo Fuller[115] detalha, com rara felicidade, os caminhos que essa audiência pode tomar. São suas as palavras:

> a. Os genitores **manifestam a desistência da entrega da criança** (em audiência ou perante a equipe interprofissional): nesse caso, a criança deve ser mantida com os genitores, sendo determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 dias (art. 19-A, § 8°). O art. 166, § 5°, reforça a possibilidade de retratação do consentimento até a data da realização da audiência.
>
> b. **Ambos os pais (titulares do poder familiar) manifestam concordância com a adoção**: o juiz então declara a extinção do poder familiar, tomando por termo as declarações (art. 166, § 1°, II). A criança ou adolescente deve então ser colocado sob a guarda ou tutela de membro da família extensa ou ampliada (se houver), ou sob a guarda provisória de pessoa habilitada para a

---

[114] Art. 166, § 1°, I do ECA.

[115] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 97/98.

adoção ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional (art. 19-A, § 4°, aplicado por analogia).

c. **A mãe manifesta o seu consentimento**:

c.1) se não houver a indicação do genitor e não existir representante da família extensa apto a receber a guarda, o juiz deve decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de pessoa habilitada para a adoção ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional (art. 19-A, § 4°);

c.2) se houver genitor (pai registral ou indicado), abrem-se agora duas possibilidades: tratando-se de pai indicado, dispensa-se o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público (art. 102, § 4°); tratando-se de pai registral, impõe-se a propositura de ação para a perda ou destituição do poder familiar (pressuposto para a adoção, em face da ausência de consentimento do pai – arts. 45, § 1° e 169, *caput*).

Visto isso, devemos passar à fase final desse procedimento, concretizado na sentença.

3.2.2) Da sentença:

Tomado esse procedimento e caso a entrega se efetive, é proferida sentença, mas com uma peculiaridade: os pais podem exercer o direito de arrependimento no prazo de dez dias contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar (artigo 166, § 5° do ECA).

Frise-se que todo esse rito deve ser observado justamente porque o ato de entrega de um filho não pode ser visto como algo banal. A regra é a criação de uma pessoa no seio de sua família natural, razão pela qual o procedimento em estudo deve ser seguido à risca e com profissionalismo por parte dos atores que se envolvem no processo.

4 - Da mãe privada de liberdade:

Quando uma mãe está privada de liberdade, a atenção estatal deve se voltar não só à detenta, mas principalmente à criança ou ao nascituro.

Por tal motivo, "incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança."[116]

Esse regramento se alinha às Regras de Bangkok (Resolução 65/229) da ONU, que "serve como importante vetor de interpretação do alcance de normas nacionais e internacionais sobre direitos humanos que podem incidir sobre as mulheres presas, como, por exemplo, o direito à integridade pessoal, devido processo legal, entre outras, bem como

---

[116] Art. 8º, § 10º.

para orientar a produção normativa posterior."[117]

Além disso, o aleitamento materno deve ser viabilizado inclusive quando a mãe estiver submetida à medida privativa de liberdade, conforme artigo 9° do ECA.

Não podemos esquecer o Decreto Federal 8.858 de 2016 que trata do uso de algemas e estipula em seu artigo 3º que "é vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada."

Importante a menção ao Código de Processo Penal, que permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, no caso de gestante ou mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos (art. 318, IV e V do CPP).

Por fim, cabe trazer à lume o HC coletivo 143641 / SP julgado pelo STF, que concedeu a ordem a todas as gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício, o que também foi ampliado às adolescentes em igual condição. Vejamos trecho da ementa:

> "(...) *Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência,* ***bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.***"

5 - Dos deveres dos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes:

Se as gestantes e crianças têm direitos é preciso que em outro lado alguém tenha deveres. O artigo 10 do ECA trata dos deveres atribuídos aos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde, incluindo os públicos e particulares.

O inciso I prevê a necessidade de manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos. Esses prontuários podem ser digitalizados, conforme Lei 13.787/18, sendo certo que esse processo de digitalização "será realizado de forma a assegurar a integridade, a autenticidade e a confidencialidade do documento digital (art. 2°)."

---

[117] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. pág. 225.

O inciso II traz a obrigação de registro plantar e digital do recém-nascido e impressão digital da mãe, com o objetivo claro de evitar a "troca de bebês" na maternidade.

Já o inciso III cuida dos exames para obter rápido diagnóstico de qualquer anormalidade. O inciso IV cuida da "declaração de nascido vivo", conhecida como DNV. Tal documento é de suma importância, pois é utilizado para lavrar a certidão de nascimento. O inciso V se refere ao alojamento conjunto entre neonato e mãe. Após 9 meses em um só corpo, a separação não é fácil para o recém nascido. Por isso, estar ao lado da genitora proporciona o conforto emocional necessário para quem acabou de experimentar o que é a vida extrauterina.

O Estatuto tipificou criminalmente a conduta omissiva de quem descumprir as obrigações dos incisos I ao IV.

O descumprimento das obrigações dos incisos I e IV geram o crime do artigo 228 do ECA, ao passo que o descumprimento das condutas descritas nos incisos II e III geram o crime do artigo 229 do Estatuto. Caso haja descumprimento dos incisos V e VI, o fato é penalmente atípico.

CONSEQUÊNCIAS PENAIS DO DESCUMPRIMENTO DO ART. 10 DO ECA	
Descumprimento do artigo 10, incisos I e IV	**Configura-se o crime do artigo 228 do Estatuto**
Descumprimento do artigo 10, II e III	**Configura-se o crime do artigo 229 do Estatuto**
Descumprimento do artigo 10, V e VI	**Fato atípico penalmente**

6 - Atendimento integral à saúde:

O ECA cuida da atenção integral à saúde da criança, como se verifica nos artigos 11, 12 e 14. Relevante consignar que "a expressão utilizada pelo Estatuto é a de *atendimento integral*. Busca-se deixar claro que o atendimento à criança e ao adolescente não se resume ao atendimento de médicos. Para prestar-lhes ampla proteção, podem ser necessários psicólogos, fisioterapeutas e outros profissionais ligados à área da saúde. Sejam quais forem as suas necessidades, o Sistema Único de Saúde deve garantir-lhe o tratamento."[118]

Justamente pela integralidade do atendimento é que o Estatuto cuida da saúde bucal no artigo 14, parágrafos 2° ao 4° e também externou preocupação com o desenvolvimento psíquico no § 5°.

O artigo 11 detalha aquilo que já é previsto genericamente pelo artigo 196 da CRFB – direito à saúde.

Caso não haja possibilidade de tratamento dentro do Município em que reside a criança, deve o ente público custear os cuidados em outro Município[119]. Expondo em

---

[118] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 35.

[119] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 60.

termos claros: é perfeitamente possível o tratamento fora do domicílio da criança.

Também como consequência da integralidade do direito à saúde, é dever dos entes públicos fornecer transporte especializado e gratuito para que a criança se desloque ao local de tratamento.[120]

A responsabilidade para assegurar o direito à saúde é solidária entre União, Estados e Municípios.[121]A cobrança desses direitos pode ser feita de forma individual pela parte prejudicada e também na esfera coletiva, valendo destacar nesse particular a atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público.

Por fim, estabelece o artigo 12 do ECA que os estabelecimentos de atendimento à saúde devem proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável nos casos de internação de criança ou adolescente. Caso a criança ou adolescente não se façam acompanhar pelos pais ou responsável, deve o estabelecimento proceder à internação mesmo assim, já "que se trata de um direito e não de uma obrigação. Há estabelecimentos que se recusam a internar o menor de 18 anos se não tiver o acompanhamento de um adulto responsável. Essa conduta é negar atendimento a quem precisa; verdadeira omissão de socorro.[122]"

7 - Vacinação e destituição do poder familiar:

O artigo 14, § 1° do ECA determina a obrigação de vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias. Trata-se de obrigação destinada aos pais.

A pergunta que se coloca é: cabe a destituição do poder familiar, caso não seja dada vacina aos filhos?

Uma das hipóteses em que esse ato poderia se enquadrar é no artigo 1.638, II do Código Civil, que estipula a perda do poder familiar para quem deixa o filho em abandono.

Entendemos que a perda do poder familiar não pode ocorrer pelo só fato de os pais não darem a vacina. É preciso que fique constatado um estado de abandono da criança – a omissão em dar vacina pode ser um **argumento de reforço**, mas **nunca o único argumento** de eventual ação de destituição do poder familiar.

Por derradeiro, apesar de não ser suficiente, por si só, para a perda do poder familiar, a ausência de vacinação aos filhos pode ensejar a penalidade administrativa descrita no artigo 249 do ECA, com pena de multa de três a vinte salários mínimos, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

CAPÍTULO 2 – DO DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

Como consequência de serem humanos, crianças e adolescentes têm direito à liberdade, respeito e dignidade (é a chamada "trilogia da proteção integral"), destacando

---

[120] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 61.

[121] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 65.

[122] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 42.

que são pessoas em processo de desenvolvimento (artigo 15 do Estatuto). O capítulo II do Título I do ECA trata também do direito a não ser educado com o uso de castigo físico ou tratamento cruel.

Vejamos cada direito especificado no capítulo.

1 - Direito à liberdade:

O artigo 16 do ECA detalha o direito à liberdade. Várias ramificações da liberdade são expostas nos incisos, mas mesmo assim não temos dúvida em afirmar que o dispositivo confere rol meramente exemplificativo.

Importante deixar claro que, "naturalmente, o direito à liberdade não é absoluto – como não o é nenhum direito -, razão por que no âmbito do Estatuto também há a previsão de privação da liberdade do adolescente. É o que se verifica do art. 106, em que se prevê a privação de liberdade em caso de flagrante de ato infracional ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Exemplo de ordem escrita da autoridade judiciária é a imposição de medida de internação (art. 121)."[123]

Ademais, os direitos compreendidos no artigo 16 não são suprimidos quando a criança ou adolescentes estiver cumprindo medida socioeducativa de meio fechado (internação ou semiliberdade) ou quando estiver em medida protetiva de acolhimento institucional. Assim, ressalvadas as limitações inerentes à aplicação da medida, é certo que as unidades socioeducativas e de acolhimento devem possuir espaço para a prática de esportes, cultos religiosos e não deve ser vedada a reunião das crianças e adolescentes para postular melhorias, já que isso é uma forma de participar da vida política (nem que seja restrito ao âmbito da unidade).

Também no direito à liberdade está a vedação à edição de portaria que, com base no artigo 149 do ECA, edite "toque de recolher" para crianças e adolescentes, de forma a impedi-las de permanecer na rua partir de certa hora.

2 - Direito ao respeito:

O artigo 17 cuida do direito ao respeito e, de forma exemplificativa – a exemplo do artigo 16 -, diz que tal direito consiste na: a) inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente; b) preservação da imagem; c) preservação da identidade; d) preservação da autonomia; e) preservação dos valores; f) preservação das ideias e crenças; g) preservação dos espaços e objetos pessoais.

Com base nesse dispositivo, o STJ decidiu caso interessante: programa televisivo anunciou que iria transmitir reportagem exibindo cenas de um criminoso agredindo uma criança. O Ministério Público ingressou com ação coletiva para impedir a exibição da reportagem. Assim, alguns direitos ficaram em confronto: vedação à censura/liberdade de imprensa e informação X direito ao respeito de crianças e adolescentes, notadamente preservação da imagem. Prevaleceu o direito das crianças e adolescentes, conforme ementa que segue:

---

[123] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 39.

> RECURSO ESPECIAL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. VEICULAÇÃO DE IMAGENS CONSTRANGEDORAS. IMPEDIMENTO. 1. O Ministério Público é parte legítima para, em ação civil pública, defender os interesses individuais, difusos ou coletivos em relação à infância e à adolescência. 2. Por não serem absolutos, a lei restringe o direito à informação e a vedação da censura para proteger a imagem e a dignidade das crianças e dos adolescentes. 3. No caso, constatou-se afronta à dignidade das crianças com a veiculação de imagens contendo cenas de espancamento e tortura praticada por adulto contra infante. 4. Recurso especial não provido – Resp 509.968, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – julgado em 6 de dezembro de 2012.

Interessante argumento foi lançado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, quando analisou a apelação da emissora de TV, entendeu que transmitir a reportagem serviria de inspiração e incentivo à repetição de agressões às crianças por pessoas moralmente desajustadas. Logo, a dimensão tomada no julgamento refletiu proteção não só à imagem da criança que estava sendo agredida, mas também a todas as crianças e adolescentes que poderiam ser agredidas ou que tivessem qualquer contato com a reportagem sensacionalista.

Por fim, é interessante mencionar o REsp 1517973/PE, em que a Corte entendeu configurado dano moral coletivo, *in re ipsa*, no caso de programa televisivo que transmitiu reportagem com conteúdo vexatório, discriminatório ou humilhante a crianças e adolescentes. Para ter alguma dimensão da reportagem, basta transcrever o seguinte trecho da ementa: "Na espécie, a emissora de televisão exibia programa vespertino chamado "Bronca Pesada", no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis." Assim, o ideal é que o programa não seja exibido, mas caso isso ocorra, cabe Ação Civil Pública com pedido de danos morais coletivos.

3 - Direito à dignidade:

O direito à dignidade é um vetor interpretativo do ordenamento brasileiro, com base no artigo 1°, inciso III da CRFB. O ECA, no artigo 18, foi mais longe, ao atribuir a todos o dever de "velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor."

Questão interessante – abordada por Guilherme de Souza Nucci[124] - é a de saber se o artigo 18 do ECA coloca a sociedade na posição de garantidora para efeitos de omissão penal.

Com efeito, o artigo 13, § 2°, alínea "a" do Código Penal estipula que "a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância."

---

[124] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 56.

Uma análise apressada poderia levar a crer que toda a sociedade estaria na posição de garantidora para efeitos penais, de forma que poderia responder com base na omissão imprópria, ou seja, seria responsável pelo resultado naturalístico.

Todavia, "esse dever geral de proteção ao infante e ao jovem somente pode ser compreendido como norma programática (mais uma), mas nunca como dever legal de agir, nos termos penais supra-aventados. O Direito Penal não se coaduna com uma norma tão aberta e, por isso mesmo, inaplicável de maneira segura, nos parâmetros rígidos da legalidade. Quem tem o dever legal de proteger, cuidar e vigiar são os pais do menor de 18 anos em decorrência do poder familiar, advindo nitidamente do Direito Civil."[125]

O STJ[126] já se deparou com caso similar e, envolvendo o dever de todos de cuidar do meio ambiente, não acatou a tese de que a sociedade estaria na posição de garantidora:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. ARTS. 40 E 48, AMBOS DA LEI N.º 9.605/98. DENÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE.(...) OMISSÃO IMPRÓPRIA. DESCARACTERIZADA. DEVER DE AGIR IMPOSTO POR LEI. INCABÍVEL DEVER GENÉRICO IMPOSTO PARA TODA COLETIVIDADE.(...)
>
> 3. Nos termos do art. 13, § 1.º, do Código Penal, a omissão é penalmente relevante quando o agente devia e podia agir para evitar o resultado, o que não é a hipótese dos autos.
>
> 4. A obrigação genérica atribuída a todos os cidadãos de preservar o meio ambiente para as gerações futuras, consoante o art. 225 da Constituição Federal, não se amolda ao dever imposto por lei de cuidar, proteger e/ou vigiar, exigido na hipótese de crime omissivo impróprio.

Portanto, o artigo 18 do ECA representa uma exortação à sociedade e não uma forma de colocá-la, genericamente, na posição de garantidora para efeitos penais.

4 - Quadro expondo os direitos previstos nos artigos 16, 17 e 18 do ECA:

Com o objetivo de fixar a matéria, apresenta-se um quadro em que são resumidos os direitos conforme artigos 16, 17 e 18 do ECA:

DIREITO À LIBERDADE (Art. 16)	DIREITO AO RESPEITO (Art. 17)	DIREITO À DIGNIDADE (Art. 18)
Ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais	Inviolabilidade da: integridade física, psíquica e moral da criança e adolescente	Dever de todos velar pela dignidade da criança e adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor

[125] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 56.

[126] REsp 897.426/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008.

Opinião e expressão	Preservação da imagem, identidade, autonomia, valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Crença e culto religioso	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Brincar, praticar esportes e divertir-se	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Participar da vida política, na forma da lei.	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Buscar refúgio, auxílio e orientação	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx	xxxxxxxxxxxxxxxxxxx

5 - Direito a não ser educado com o uso de castigo físico ou tratamento cruel:

A Lei 13.010/14 inseriu dispositivos visando evitar que a educação de crianças e adolescentes seja feita com o uso de castigo físico ou tratamento cruel. Trata-se da chamada "Lei da Palmada" ou "Lei Menino Bernardo".

A legislação não criou um item específico para tratar do assunto. Diferente disso, a lei alterou o artigo 13 do ECA, no capítulo que trata do direito à vida e saúde; inseriu os artigos 18-A e 18-B no Estatuto (capítulo que cuida do direito à liberdade, respeito e dignidade), bem como artigo 70-A, que se enquadra nas disposições gerais do Título III (Da Prevenção). Tentaremos sistematizar o atual regramento sobre uso de castigo físico e/ou tratamento cruel.

5.1) Conceito de castigo físico e de tratamento cruel ou degradante:

O que mais chama a atenção quando estamos diante de castigo físico para a educação é a seguinte pergunta: após a Lei 13.010/14 os pais não podem mais "dar palmadas" nos filhos com o fim de educar?

Os professores Luciano Rossato, Paulo Lépore e Rogério Sanches Cunha fazem interessante abordagem, ao exporem que "antes da Lei Menino Bernardo, o art. 1.638 do Código Civil já proibia o castigo 'imoderado'. Tal previsão escondia em si uma perigosa autorização ao 'castigo moderado'. Assim é que, por força da nova previsão contida no Estatuto, está proibido qualquer tipo de castigo físico, 'imoderado' ou 'moderado'.[127]

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci, leciona que "não há de existir uma invasão de privacidade no âmbito familiar, por quem quer que seja, à procura de pais que belisquem seus filhos vez ou outra, mas, sim, em busca dos que dão socos no rosto e surras de chicote."[128]

---

[127] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 147.

[128] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 58.

Entendemos que a "Lei da Palmada" deve ser dividida a depender do sujeito ativo do castigo. Isso porque o artigo 18-A confere direito às crianças e adolescentes a não serem educados e cuidados com o uso de castigo físico ou tratamento cruel/degradante. A lei expõe ainda, em caráter exemplificativo, a quem se destina esse comando: pais; integrantes da família ampliada; responsáveis e agentes públicos executores de medidas socioeducativas.

A nosso sentir, a Lei 13.010/14 não retirou dos pais, dos integrantes da família ampliada e dos responsáveis a opção por educar aplicando castigos, desde que haja moderação. Na linha da posição de Guilherme Nucci, indaga-se: é vedado "beliscar" um filho? A resposta é negativa. Se uma tia (família ampliada) passa um final de semana com o sobrinho e esse insiste em desobedecer suas ordens, seria vedado a ela "beliscar" a criança? A resposta mais uma vez é negativa.

Por outro lado, não podemos admitir que agentes públicos, que possuem vínculo profissional e não afetivo com a criança ou adolescente, tenham o direito de aplicar qualquer tipo de castigo físico. Assim, um agente executor de medida socioeducativa não pode empurrar um adolescente internado. Ele também não pode beliscar esse adolescente, com o leviano objetivo de "educá-lo". A relação entre executor de medida socioeducativa e adolescente deve ser profissional; o mesmo se diga de quem trabalha com crianças e adolescentes que estão em medida protetiva de acolhimento institucional – o vínculo é profissional. Não é possível confundir esse caso com o dos familiares próximos de uma criança/adolescente.

O ECA, no artigo 18-A, parágrafo único traz definições do que seria o castigo físico e o que seria o tratamento cruel ou degradante, conforme quadro que apresentamos abaixo:

CASTIGO FÍSICO (Art. 18-A, PU, inciso I do ECA). Ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso de força física sobre a criança ou adolescente que resulte em:	TRATAMENTO CRUEL OU DEGRADANTE (Art. 18-A, PU, inciso II do ECA). Conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou adolescente que:
Sofrimento físico	**Humilhe**
Lesão	**Ameace gravemente**
xxxxxxxxxxxx	**Ridicularize**

Delimitado o conceito de castigo físico e tratamento cruel/degradante, passamos agora a verificar a prevenção dessas práticas.

5.2) A prevenção ao castigo físico e tratamento cruel/degradante:

Com o fim de evitar a prática de castigo físico e tratamento cruel/degradante, foi inserido o artigo 70-A no ECA, determinando a elaboração de políticas públicas para coibir tal prática. Essa responsabilidade recai, solidariamente, sobre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nos incisos do artigo 70-A são expostas as ações que devem ser adotadas: a) promoção de campanhas educativas permanentes tratando do assunto; b) integração

das Instituições (Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar, Conselhos de Direitos e entidades que atuem na promoção e defesa de crianças e adolescentes); c) formação continuada e capacitação de diversos profissionais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente; d) apoio às práticas de resolução pacífica dos conflitos; e) inclusão nas políticas públicas de ações com o objetivo de promover a informação, reflexão, debate e orientação sobre alternativas ao uso do castigo físico e tratamento cruel/degradante; f) promoção de espaços para elaboração de planos focados nas famílias em situação de violência.

Importante mencionar que famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção.[129]Isso em virtude de uma dupla vulnerabilidade: são vulneráveis pelo só fato de serem crianças e adolescentes e, somado a isso, há a vulnerabilidade por terem deficiência.

Passada a linha preventiva e ocorrida agressão, vem a lume o artigo 13 do ECA, que determina a comunicação ao Conselho Tutelar nos casos de **suspeita** ou **confirmação** de castigo físico, tratamento cruel/degradante e maus tratos contra criança ou adolescente. Se a criança agredida estiver na primeira infância, será merecedora de máxima prioridade no atendimento (artigo 13, § 2° do Estatuto).

Vista a maneira de prevenir, passaremos às consequências jurídicas do descumprimento do artigo 18-A do ECA.

5.3) Consequências do uso de castigo físico ou tratamento cruel/degradante:

O artigo 18-B traz as consequências que podem ser aplicadas, de acordo com a gravidade do caso, a quem se valeu do castigo físico ou tratamento cruel/degradante.

Os incisos do artigo 18-B não revelam consequências penais, até porque o *caput* diz que as medidas serão aplicadas "sem prejuízo de outras sanções cabíveis".

As medidas do artigo 18-B do ECA serão aplicadas pelo Conselho Tutelar. São elas: a) encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família b) encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; c) encaminhamento a cursos ou programas de orientação; d) obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; e) advertência.

Outras consequências da prática de castigo físico ou tratamento cruel/degradante encontram-se esparsas na legislação. Podemos citar como exemplo o artigo 1.638, I do Código Civil que trata da perda do poder familiar daquele que castigar imoderadamente o filho. A depender do caso, poderá restar configurado o crime de maus tratos (artigo 136 do Código Penal). Pode ocorrer também o afastamento do dirigente de entidade de atendimento que se omita em rechaçar o castigo físico ou tratamento cruel/degradante de seus funcionários, conforme artigo 97, I, alienas "b" e "c".

CAPÍTULO 3 - DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O capítulo 3, do Título II do ECA, sem dúvida, é um dos mais importantes da parte

---

[129] Art. 70-A, PU.

"protetiva" do Estatuto. Está compreendido entre os artigos 19 e 52-D, divididos em seções: a) disposições gerais; b) família natural; c) família substituta, essa última dividida em subseções (disposições gerais; guarda; tutela; adoção).

1 - Disposições gerais:

As disposições gerais do capítulo 3 estão explicitadas entre os artigos 19 e 24. Passaremos a analisar o tema, ressaltando, contudo, que o artigo 19-A já foi abordado no item 3, do Capítulo 1 do Título 2 dessa obra, ao qual remetemos o leitor.

Da mesma forma, não entraremos na medida protetiva de acolhimento institucional, já que seu regramento deve vir em conjunto com as demais medidas protetivas e seus princípios (artigo 101 do ECA).

1.1) Princípios básicos:

O artigo 19 do ECA traz dois princípios interligados que regem toda a parte relativa à convivência familiar e comunitária. São eles:

a. **Princípio da prevalência da família natural**: estampado na primeira parte do artigo 19, ao dizer que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família. Apesar do Estatuto não ter sido expresso em apontar a família "natural", a regra é que essa prevaleça sobre as outras formas de família (ampliada – art. 25, PU; substituta – art. 28).
b. **Princípio da excepcionalidade da colocação em família substituta**: estampada na segunda parte do artigo 19 – "excepcionalmente em família substituta."

Como dito acima, esses princípios são interligados. Um é consequência do outro. Por tais princípios entende-se que "a ruptura dos vínculos com a família natural em decorrência de violações de direitos de crianças e adolescentes, com seu acolhimento institucional ou colocação em família substituta, deve ser sempre excepcional e provisória, obrigando a que se assegure a preservação dos vínculos familiares ou a integração à família substituta apenas quando esgotados os recursos para manutenção na família de origem."[130]

É claro que a prevalência da família natural não é um objetivo absoluto. Isso porque, se "essa convivência for perniciosa, prejudicial à criança ou adolescente, é possível sua colocação em família substituta, através de guarda, tutela ou adoção. O critério fundamental para verificação dessa questão é o do melhor interesse da criança ou do adolescente, ou seja, deve-se analisar no caso concreto qual família, a natural ou a substituta, tem condições de proporcionar um ambiente mais adequado para o desenvolvimento sadio e completo do ser humano."[131]

---

[130] SANCHES, Helen Crystine Corrêa. VERONESE, Josiane Rose Petry. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 223.

[131] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para

Quando falamos da família ao qual se liga uma criança ou adolescente, é preciso abordar o "poder familiar". É isso que faremos a partir do próximo tópico.

1.2) Poder familiar – conceito, terminologia e base legal:

De acordo com Kátia Regina Maciel, o poder familiar "pode ser definido como um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor de idade, não emancipado, e que deve ser exercido no superior interesse deste último. Sendo um direito-função, os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir mão dele e não o podem transferir a título gratuito ou oneroso."[132]

A forma de nominar institutos é muito cara ao direito. Por isso, a expressão anterior "pátrio poder", que tinha conotação patriarcal, foi substituída por poder familiar. Contudo, outras expressões também são utilizadas, tais como "poder de proteção", "poder parental", "autoridade parental" ou "responsabilidade parental".[133]

Embora o ECA discipline minimamente o poder familiar, sua regulamentação exaustiva está no Código Civil – art. 1.630 até 1.638. Nossa atenção será voltada somente à parte regulamentada pelo Estatuto.

1.2.1) Poder familiar – quem exerce:

O poder familiar é exercido pelos pais, conforme artigo 1.634 do CC. Deve-se lembrar que na adoção, o vínculo constituído pelo trânsito em julgado da sentença faz surgir também o poder familiar, até porque pais adotivos nada mais são do que pais.

Frise-se que o exercício do poder familiar ocorre em igualdade de condições entre pai e mãe, sendo certo que, em caso de discordância, a autoridade judiciária pode ser chamada para resolver a controvérsia (art. 21 do ECA).

Como se verifica pelas explanações acima, o poder familiar normalmente é exercido por duas pessoas. Todavia, alguns pontos devem ser abordados:

Poder familiar e casal homoafetivo: é perfeitamente possível que um casal homoafetivo tenha um filho. Isso porque, o STF, na ADPF 132, convertida na ADI 4277, igualou os direitos de casais homoafetivos aos de heteroafetivos. Logo, nada impede que o poder familiar seja exercido por dois homens ou por duas mulheres.

Poder familiar e multiparentalidade: a tese 622 do STF expõe que "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". Com esse entendimento, o Pretório Excelso reconheceu a possibilidade de multiparentalidade em nosso ordenamento jurídico. Em outras palavras: uma criança pode ter dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, por exemplo.

Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 44.

[132] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 170.

[133] As expressões foram retiradas do livro da professora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, citado na nota de rodapé acima.

Importante ressaltar que o CNJ, no provimento 63 de 2017, explicitou que a multiparentalidade pode ser reconhecida diretamente em cartório, sem necessidade de ingressar com ação judicial – artigo 14 do provimento.

Diante dessa conjuntura, é perfeitamente possível que o poder familiar seja exercido por mais de duas pessoas.

1.2.2) Poder familiar – conteúdo:

O conteúdo do poder familiar está previsto no artigo 1.634 do Código Civil. O ECA também cuida do assunto no artigo 22, que incumbe aos pais (leia-se, a todos os detentores do poder familiar), o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, além de cumprir e fazer cumprir as determinações legais.

Por outro lado, aos detentores do poder familiar é assegurado transmitir suas crenças e culturas (artigo 22, PU do ECA).

1.2.3) Poder familiar - descumprimento das obrigações:

O descumprimento das obrigações advindas do poder familiar pode gerar a medida extrema de destituição. Nesse tópico abordaremos duas consequências que não são tão drásticas e se relacionam com possível indenização por abandono material e por abandono afetivo.

Por **abandono material** devemos entender a atitude de um dos detentores do poder familiar que, apesar de ter recursos para suprir as necessidades do filho, opta por não fazê-lo. Não é a hipótese do devedor de alimentos que atrasa ocasionalmente ou daquele que todo mês encontra dificuldade em honrar sua dívida alimentar.

Para os casos de abandono material, a jurisprudência entende que é possível fixar indenização. Nesse sentido é a posição do STJ (com nossos grifos):

- RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE.
- RECURSO IMPROVIDO.
- 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, **apesar de dispor de recursos**, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.
- 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
- 3. Recurso especial improvido.
- (REsp 1087561/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017)

Por outro lado, o **abandono afetivo** se caracteriza quando um detentor do poder familiar simplesmente ignora o filho que teve. Falta à criança ou adolescente uma referência emocional, normalmente do pai, e isso é capaz de gerar traumas de difícil mensuração.

O STJ se divide acerca da viabilidade de danos morais em virtude do abandono afetivo. A posição que prevalece na Quarta Turma é da inviabilidade, conforme vemos no julgado abaixo, com nossos grifos:

> CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR.
>
> ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. (...)
>
> 2. **A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável**. Precedentes da 4ª Turma. 4. (...)
>
> (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017)

Por outro lado, a Terceira Turma admite a possibilidade de dano moral por abandono afetivo:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
>
> 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
>
> 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
>
> 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
>
> (...) (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012)

Na edição 125 da "Jurisprudência em Teses" do STJ foram indicados três enunciados que tratam do abandono afetivo e a condenação em danos morais, vejamos:

> 7. *O abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser reconhecida a existência do dever de indenizar.* **Explicação:** esse enunciado é fruto da abordagem jurisprudencial acima esmiuçada.
>
> 8. *Não há responsabilidade por dano moral decorrente de abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade.* **Explicação:** se não há paternidade reconhecida, também não é viável acatar o argumento que houve abandono afetivo, já que sequer há certeza acerca do dever de prestar afeto.
>
> 9. *O prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor.* **Explicação:** a prescrição não corre entre ascendentes e descendentes <u>durante o poder familiar</u> (art. 197, II do Código Civil). A extinção do poder familiar ocorrerá somente com o advento da maioridade (art. 1.635, III do CC).

Visto isso, devemos agora enfrentar a perda e extinção do poder familiar.

1.2.4) Poder familiar – extinção e perda:

O Código Civil trata da extinção do poder familiar no artigo 1.635 e a perda do poder familiar vem prevista no artigo 1.638. Como muito bem anotado por Mariana Gomes dos Santos, "a suspensão e a perda do poder familiar, diferente da extinção, têm natureza de pena civil e dependem de procedimento judicial específico (art. 24, ECA), disciplinado nos arts. 155 a 163 do ECA, sendo certo que a sentença proferida na ação de suspensão ou perda do poder familiar deve ser averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente, conforme arts. 163, parágrafo único do ECA e 102 da Lei no 6.015/73".[134]

Não há dúvidas de que a perda do poder familiar é a medida que gera maiores controvérsias judiciais. Nessa obra analisaremos somente as hipóteses tratadas no Estatuto, deixando para a doutrina civilista a abordagem daquelas expostas na lei civil.

De plano é preciso destacar que a falta ou carência de recursos não constitui motivo para perda ou suspensão do poder familiar. Em tais casos, a família deve ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção (art. 23, <u>*caput*</u> e parágrafo único do ECA). Na mesma linha é a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ramírez Escobar e outros vs Guatemala ao assentar "que o artigo 1.1 da CADH[135] veda a discriminação de toda e qualquer pessoa por questões econômicas e sociais".[136]

---

[134] SANTOS, Mariana Gomes dos. A suspensão e a perda do poder familiar: dobra punitiva do Estado. In Revista de Direito da Defensoria Pública – v. 26, n. 27 (dezembro) – Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2017, p. 243.

[135] Convenção Americana de Direitos Humanos.

[136] PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: editora CEI, 2020.

A *ratio* do dispositivo deve ser entendida: a pobreza não é causa para suspensão e destituição do poder familiar e, acrescentamos nós, tudo que for consequência da pobreza também não pode levar a essa perda ou suspensão.

Explica-se: é comum na prática vermos relatórios do Conselho Tutelar apontando que "a moradia do casal é suja, com a cozinha desorganizada" ou que "a residência não oferece condições mínimas de dignidade, já que é pequena e abriga família com sete filhos." Ora, essas situações não demonstram, por si só, qualquer tipo de comprometimento dos deveres inerentes ao poder familiar. O pano de fundo é a pobreza – e só ela!

Por isso, o raciocínio que propomos segue etapas: a) apresentada uma situação em que se postula a perda do poder familiar; b) verifica-se se o caso se resolveria se a família tivesse condições financeiras; c) se positiva a resposta, não cabe a suspensão ou destituição do poder familiar.

Repita-se: se mostra inviável suspender/destituir o poder familiar em virtude de pobreza e também em virtude de tudo que seja uma consequência da pobreza.

Condenação criminal e destituição do poder familiar: o artigo 23, § 2° do ECA expõe que a condenação criminal não será, necessariamente, uma causa que destitua o poder familiar.

Isso porque, a prática de um crime não tem relação com alguma das causas de perda do poder familiar. Afinal, uma pessoa pode cometer crimes e ser um bom pai – as figuras não se confundem.

Todavia, o próprio parágrafo segundo traz exceções a essa regra. A primeira exceção é a condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha. A segunda exceção foi incluída pela Lei 13.715 de 2018 e se refere ao crime doloso sujeito a pena de reclusão praticado contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar.

O objetivo da Lei 13.715/18 foi claro: impor uma sanção civil (perda do poder familiar) a quem agride o outro genitor. No mais das vezes isso ocorre com o pai sendo sujeito ativo de um crime contra a mãe.

Essas causas de destituição do poder familiar não são automáticas. O Código Penal cuida do assunto no artigo 92, II que trata dos efeitos da condenação. Essas causas "não são automáticas, devendo ser motivadamente declaradas na sentença (art. 92, PU do CP)."

Dessa forma, mesmo ocorrendo um crime doloso sujeito à pena de reclusão contra o próprio filho, filha ou outrem igualmente detentor do mesmo poder familiar, é preciso que o juiz fundamente de forma adequada a destituição do poder familiar.

Importante esclarecer que a Lei 13.715/18 incluiu parágrafo único ao artigo 1.638 do Código Civil e especificou alguns crimes contra outrem igualmente titular do poder familiar e contra filho, filha ou descendente, que dariam ensejo à destituição do poder familiar. Em tese, a alteração seria desnecessária porque o ECA e o Código Penal falam em "crime" o que abrange todas as condutas descritas no novo artigo 1.638, PU do CC/02.

Entretanto, segundo Rogério Sanches, nos casos do artigo 1.638, parágrafo único do Código Civil o magistrado poderá decretar a destituição do poder familiar antes mesmo da sentença penal condenatória, de forma que as hipóteses ali previstas são autônomas

em relação à eventual condenação criminal.[137]

Para encerrar esse tópico é necessário fazer uma observação final: o STJ não admite pedido implícito de destituição do poder familiar. Assim, se um casal ingressar com uma ação de adoção e quiser afastar o poder familiar dos pais biológicos, devem fazer esse pedido expressamente. Isso porque o artigo 24 do ECA é enfático ao expor que a perda e suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente em procedimento contraditório. Nesse sentido: AgRg no Ag 1269899/MG, Rel Massami Uyeda – STJ.

1.2.5) Poder familiar – restituição/restabelecimento:

Vista a perda do poder familiar, se coloca uma questão: é possível restituir/restabelecer o poder familiar?

A resposta é positiva, mas para esse restabelecimento é necessário que as causas que deram ensejo à destituição tenham sido superadas. Em outras palavras: deve ter ocorrido uma alteração na situação fática.

Não há que se falar em ofensa à coisa julgada, já que, "sendo a relação jurídica entre pais/filhos de natureza continuativa, poderá a decisão ser alterada se sobrevier modificação no estado de fato e de direito (art. 505, I, do CPC – Lei n. 13.105/2015)."[138]

É preciso fazer uma observação final: a restituição/restabelecimento do poder familiar será inviável caso os filhos já tenham sido adotados. Nessa hipótese, houve a extinção do parentesco com os pais biológicos e a adoção é irrevogável (art. 39, § 1° do ECA).

2 - Da família natural e ampliada/extensa:

O artigo 25 do ECA define a família natural como aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Como expresso no teor legal, não é necessário que ambos os genitores estejam presentes para que se configure a família natural. Basta que exista um deles.

Ademais, o pai ou mãe socioafetivo são considerados como família natural, vez que não existe hierarquia entre a paternidade/maternidade genética e a paternidade/maternidade socioafetiva.

Portanto, se houver um pai socioafetivo e seu filho, estaremos diante de uma família natural de acordo com a classificação do Estatuto.

Já o artigo 25, parágrafo único, traça o conceito de família extensa ou ampliada. Esse dispositivo foi incluído pela Lei 12.010/09. A família ampliada é a que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Há dois requisitos para a configuração da família extensa/ampliada: a) relação de parentesco; b) convivência com vínculos de afinidade e afetividade.

---

[137] SANCHES, Rogério, apud Comentários à Lei 13.715/2018, que ampliou as hipóteses de perda do poder familiar decorrente da prática de crimes. Dizer o Direito, 27 de setembro de 2018. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/comentarios-lei-137152018-que-ampliou.html> Acesso em 6 de julho de 2019, 19 horas.

[138] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. Op. cit. pág. 280.

É o exemplo da tia que reside próximo a seus sobrinhos e possui com eles ótima relação, inclusive participando de sua criação.

Lado outro, uma tia que não tem qualquer relação de afinidade com seus sobrinhos não pode ser considerada como integrante da família ampliada, já que não se mostra satisfeito o requisito da parte final do artigo 25, parágrafo único do ECA.

O objetivo de definir a família extensa/ampliada é criar uma prioridade quando a criança ou adolescente for colocada em família substituta. De acordo com doutrina de escol, "ao analisarem-se as inovações empreendidas pelo legislador fica claro que a expressa disposição da família extensa ou ampliada tem uma função clara: garantir a prevalência desta, quando da colocação da criança ou do adolescente em família substituta, conforme a inovação legislativa empreendida nos § § 3° e 4° do art. 28 do Estatuto."[139]

Na mesma linha segue o professor Paulo Fuller para quem "a família extensa ou ampliada representa uma modalidade qualificada (preferencial) de colocação em família substituta: os parentes próximos, com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, teriam prioridade em relação a outras pessoas (art. 28, § 3°)."[140]

Portanto, quando uma criança ou adolescente precisar ser colocado em família substituta, deve-se buscar membros da família ampliada antes de buscar terceiras pessoas que não tenham qualquer vínculo anterior.

3 - Do reconhecimento dos filhos:

Na mesma Seção que trata a família natural, o Estatuto trouxe disposições a respeito do reconhecimento dos filhos. A posição topográfica do assunto foi acertada, vez que após o reconhecimento restará configurada a família natural.

O artigo 26 do ECA explicita que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. A matéria também encontra disciplina nos artigos 1.607/1.617 do Código Civil.

Exemplo comum de reconhecimento de filho por "outro documento público" é o que ocorre quando a criança nasce enquanto o genitor está preso. Nessa hipótese, no momento da audiência criminal, é possível que a genitora leve o filho para reconhecimento e o genitor declare a paternidade em ata de audiência. Após isso, basta oficiar ao cartório de registro competente para acrescentar a filiação paterna.

Interessante consignar que o "ato de reconhecimento produz efeitos <u>erga omnes</u>, tratando-se de uma verdadeira confissão do vínculo parental."[141]

O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao fale-

---

[139] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 33.

[140] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág.112.

[141] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias – 9. Ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pág. 623.

cimento, se deixar descendentes.[142] A restrição ao reconhecimento póstumo, consistente em o filho deixar descendentes, justifica-se como forma de evitar que o ato seja praticado pelo pai com interesses estritamente sucessórios.[143]

O artigo 27 do Estatuto enumera as características do reconhecimento do estado de filiação. São elas:

a. **Direito personalíssimo:** essa característica "significa que a demanda somente pode ser intentada pelo próprio interessado, pelo titular do direito ao reconhecimento de seu estado de filiação. Não se trata de direito que possa ser postulado por um terceiro, pois o próprio interessado pode não ter interesse em descobrir sua filiação biológica."[144] De acordo com Whashington de Barros Monteiro, esse direito "não comporta sub-rogados, nem se trata de direito suscetível de ser exercitado por outrem (p. ex., por um dos netos), ou mesmo por um espólio."[145]

b. **Direito indisponível:** o direito indisponível é aquele que não pode ser renunciado, apesar de ser viável seu não exercício.

c. **Imprescritível:** vemos aqui uma consequência da indisponibilidade. Essa característica indica que o direito não tem sua pretensão extinta pelo não exercício. Cabe trazer à baila a **súmula 149 do STF** nesses termos: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança."

Por fim, é relevante notar que a busca pelo estado de filiação não é prejudicado nas hipóteses em que a parte já tenha sido adotada. A irrevogabilidade da adoção (art. 39 do ECA) não "pode determinar restrição ao mencionado direito de reconhecimento de estado de filiação."[146]

CAPÍTULO 4 - DA FAMÍLIA SUBSTITUTA – DISPOSIÇÕES GERAIS

1 - Introdução:

Considerando a relevância do tema, optamos por tratar a disciplina da família substituta com divisão de capítulos. Assim, dividiremos a matéria em quatro capítulos: a) família substituta – disposições gerais; b) família substituta – guarda; c) família substituta – tutela; d) família substituta – adoção.

Entendemos que essa forma deixa a leitura mais didática.

---

[142] Art. 26, PU do ECA.

[143] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág.116.

[144] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 60.

[145] MONTEIRO, Whashington de Barros. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir. Coordenadores. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. – 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 266.

[146] Trecho do REsp 220.623 – 4ª Turma, julgado em 03/09/2009, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

2 - Família substituta – modalidades:

O artigo 28, *caput* do ECA expõe que a família substituta se dá mediante guarda, tutela ou adoção. As hipóteses de colocação em família substituta representam um rol taxativo. Vale registrar que a colocação em família substituta possui natureza jurídica de medida de proteção (art. 101, IX do ECA).

Justamente por isso que outras hipóteses em que crianças e adolescentes ficam na companhia de terceiras pessoas, mas não incluídas como guarda/tutela/adoção, não representam nova forma de colocação em família substituta. Exemplo é o programa de apadrinhamento, disciplinado pelo artigo 19-B do ECA. Não temos dúvida em afirmar que esse programa não representa uma nova forma de colocação em família substituta.

3 - Consentimento:

O artigo 28, parágrafos 1° e 2° do ECA, cuida da participação da criança/adolescente no procedimento de colocação em família substituta.

É essencial notar que a doutrina da proteção integral faz com que crianças e adolescentes sejam sujeitos de direitos. Justamente por isso terão sua opinião considerada (crianças – art. 28, § 1°) ou deverão consentir (adolescentes – art. 28, § 2°) com a colocação em família substituta. Assim, essa manifestação representa uma das faces da doutrina da proteção integral.

Relacionado a esse assunto, os professores Caio Paiva e Thimotie Heemann abordaram o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ramírez Escobar e outros vs Guatemala e assim lecionaram: *"Ao se deparar com a negligência do Estado da Guatemala em não ouvir as crianças que estavam submetidas à processo que buscava apurar o eventual abandono delas pela sua família natural, a Corte IDH advertiu que "(...) a obrigação de ouvir as crianças e seus pais incluídos na lei coincide com o direito de ser ouvido consagrado pela Convenção Americana. A este respeito, a Corte indicou que o artigo 8.1 da Convenção estabelece o direito de todas as pessoas, incluindo meninas e meninos, serem ouvidas nos processos que envolvam seus direitos e interesses" (§ 170). Cumpre observar que o entendimento da Corte possui uma maior abrangência se comparado com o art. 28, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o referido diploma condiciona a oitiva dos menores de dezoito anos "sempre que possível", perante a equipe interprofissional de psicólogos e assistentes sociais, bem como prevê apenas aos adolescentes a oitiva obrigatória em juízo."*[147]

Voltando à disciplina do ECA, temos o seguinte:

Crianças – consentimento: O Estatuto não exige que a criança consinta com a sua colocação em família substituta. O que deve ser feito é a oitiva por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento. É claro que uma criança com poucos meses de vida não terá condições de expressar sua opinião, mas o mesmo não se pode dizer de uma criança com 11 anos de idade.

Adolescentes – consentimento: diferente do que acontece com as crianças, os adolescentes precisam consentir com a colocação em família substituta. Vale consignar que

---

[147] PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: editora CEI, 2020.

o artigo 28, § 2° do ECA exige o consentimento do *maior* de 12 anos, mas trata-se de imprecisão legislativa. O consentimento é exigido do adolescente, ou seja, a partir do momento em que completou 12 anos, de acordo com o art. 2° do Estatuto.[148]

O consentimento do adolescente condiciona a decisão judicial de colocação em família substituta. Caso o magistrado discorde da negativa de consentimento, nada poderá fazer – cabe apenas buscar outra forma de inclusão familiar (ex.: buscar outra família substituta).

Além disso, o adolescente pode recusar ser inserido em família substituta por diversas vezes. Não existe limite quantitativo para negar consentimento.

Conforme Wilson Donizeti Liberati, "a ausência da manifestação do adolescente gera nulidade absoluta de todos os atos processuais posteriores."[149] Entendemos que não só a ausência de manifestação gera nulidade, mas também a decisão judicial contrária ao posicionamento do adolescente. Logo, se um adolescente diz que não consente em ser inserido em determinada família substituta e o juízo mesmo assim o insere, tal decisão será nula.

Questão: é possível se retratar do consentimento?

Na linha dos professores Luciano Rossato e Paulo Lépore, entendemos que o consentimento é retratável. De acordo com os autores, "deve incidir o disposto na nova redação do art. 166, § 5°, do Estatuto, aplicável expressamente ao consentimento prestado pelo pais, e extensivamente, ao consentimento prestado pelo adolescente. Ou seja, o consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva."[150] Ressalvamos que a posição dos autores é anterior à modificação do artigo 166, § 5° pela lei 13.509/17. Assim, tomando por base a nova legislação, entendemos que o consentimento pode ser objeto de retratação até o prazo de 10 dias após a sentença que fez a inserção em família substituta.

4 - Critérios norteadores para colocação em família substituta:

O § 3° do art. 28 do Estatuto expõe um critério para colocação em família substituta, que é o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. Necessário destacar que a lei não indica a condição financeira como um critério para, por si só, optar pela família substituta.

Com efeito, sair da família natural não é tarefa simples. Por isso, deve-se buscar inserir a criança ou adolescente em ambiente mais próximo sob o ponto de vista afetivo.

Ademais, é preciso avaliar quem são as pessoas que integram a família substituta. Se houver incompatibilidade com a medida ou não haja ambiente familiar adequado, não se

---

[148] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. op. cit. pág. 35.

[149] LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit. pág. 33.

[150] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. op. cit. pág. 53.

deferirá a colocação em família substituta.[151]

Ainda buscando dar valor à afetividade e adaptação com o novo lar, os grupos de irmãos serão colocados na mesma família substituta, salvo em situações de abuso ou outra excepcionalidade. Em qualquer caso, a colocação em família substituta será precedida de preparação gradativa e acompanhamento pela equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude.[152]

5 - Critérios específicos para colocação em família substituta:

A colocação em família substituta de criança ou adolescente indígena ou de comunidade quilombola merece especial atenção do Estatuto no artigo 28, § 6°. As peculiaridades culturais justificam a preocupação do legislador.

Por isso, a identidade social e cultural, além dos costumes, tradições e instituições devem ser consideradas no momento da colocação em família substituta.

Ademais, cria-se uma nova prioridade: passada a família natural e a família extensa/ampliada, é preciso verificar se existe família substituta da própria comunidade ou de membros da mesma etnia.

Com o objetivo claro de auxiliar essa difícil forma de colocação em família substituta, a lei prevê ainda a intervenção da FUNAI, no caso dos indígenas, e de antropólogos, tanto para os casos de indígenas como para a hipótese de pessoas provenientes de comunidade remanescente de quilombo.

6 - Regras finais:

Como disposições finais sobre o assunto, o ECA traz os artigos 30, 31 e 32.

O artigo 30 não permite a transferência de criança ou adolescente a terceiros, salvo se autorizados judicialmente. Essa regra é consequência de todas as outras antes abordadas. Deveras, se o magistrado passou por longo processo para avaliar qual família substituta é a mais adequada para o caso, não faria qualquer sentido que essa família resolvesse, sem nova apreciação judicial, transferir a criança para outra família ou mesmo a entidades governamentais ou não governamentais.

Nesse procedimento de alteração da família substituta, que pode se dar nos mesmos autos, é obrigatória a intervenção do Ministério Público.

Diga-se que ao assumir a guarda ou tutela o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo (art. 32). O ECA não mencionou a adoção porque essa atribui a condição de pai/mãe em relação ao adotado. Assim, o compromisso de bem cuidar de seu filho não precisa vir de um termo (leia-se, documento) nos autos. Tal compromisso já é inerente ao exercício do poder familiar.

Por fim, como forma de evitar que crianças e adolescentes saiam do Brasil sem observância do procedimento legal, o artigo 31 afirma que a colocação em família substituta estrangeira é excepcional e admissível somente na modalidade de adoção.

---

[151] Art. 29.

[152] Art. 28, § § 4° e 5°.

CAPÍTULO 5 - DA FAMÍLIA SUBSTITUTA – GUARDA

1 - Introdução – regime dualista da guarda:

É preciso esclarecer que "guarda" no ordenamento jurídico brasileiro segue o chamado "regime dualista".[153] Isso porque a guarda pode ser uma disputa envolvendo os pais de uma criança/adolescente que estão, por exemplo, em um processo de divórcio, ou pode se caracterizar como uma forma de colocação em família substituta.

Quando o pai e a mãe disputam quem reúne melhores condições de ficar com o filho, estamos diante da regra geral, ou seja, o filho ficará com algum dos integrantes da família natural. Atende-se ao *caput* do art. 19 do ECA no sentido de que é "direito da criança e do adolescente ser criado no seio de sua família (...)".

Por outro lado, a guarda disposta nos artigos 33, 34 e 35 do ECA se enquadra como forma de colocação em família substituta. Logo, se submetem à excepcionalidade (também exposta no art. 19 do Estatuto).

Feita essa diferença, passaremos a abordar a guarda como forma de colocação em família substituta, pois é essa que vem disciplinada no ECA.

2 - Hipóteses de cabimento:

O Estatuto enumera as hipóteses em que a guarda, como forma de colocação em família substitua, se mostra viável. Vamos a elas.

2.1) Regularizar a posse de fato:

A primeira hipótese prevista no ECA de deferimento de guarda é a regularização da posse de fato. Em outras palavras: a criança ou adolescente já se encontra sob os cuidados de uma pessoa – o guardião – e esse busca juridicizar tal situação.

O juízo, nesse caso, apenas legitima o que já existe no mundo dos fatos e, ao assim fazer, o guardião se vê com mais poderes, inclusive o de opor-se a terceiros e aos pais da criança/adolescente (art. 33, *caput*, parte final).

2.2) Guarda no curso do processo de tutela ou adoção:

Outro caso bem comum de deferimento da guarda se dá quando estamos diante de um processo de tutela ou adoção.

Nesse caso, a vantagem é que a criança ou adolescente, enquanto o respectivo processo tramita, já fica sob os cuidados do postulante à tutela ou adoção.

Dá-se um exemplo: um casal ajuíza ação de adoção que tem como objeto uma criança em acolhimento institucional. Faz-se um pedido de guarda liminarmente de forma que a criança pode sair do acolhimento e passar a conviver com o casal, mesmo antes do término da ação de adoção.

Nesses casos, o magistrado precisa avaliar a probabilidade que os postulantes à

---

[153] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Op. cit. pág. 677.

adoção efetivamente tenham uma sentença favorável. Deve-se evitar que a guarda sirva para cortar laços com integrantes da família natural que ainda buscam provar que possuem condições de ficar com seu filho. Isso porque, caso a decisão seja revertida, o prejuízo à criança e ao adolescente é imenso, já que se acostumarão com uma família e depois serão retirados do lar.

Por tais motivos, recomenda-se máxima atenção no deferimento liminar da guarda nas hipóteses em comento.

A lei foi cautelosa e vedou a possibilidade de deferimento liminar da guarda nos procedimentos de tutela e adoção ajuizados por estrangeiros (art. 33, § 1°, parte final). O cuidado se justifica, já que tal fato poderia gerar a saída da criança ou adolescente do território brasileiro, o que poderia trazer imensa dificuldade no retorno.

2.3) Situações peculiares ou falta eventual dos pais/responsável:

O artigo 33, § 2° do ECA traz uma norma aberta para interpretação judicial. Com efeito, não há hipóteses taxativas quando se fala em "situações peculiares."

Além disso, a falta eventual dos pais também é razão que justifica a guarda como forma de colocação em família substituta. Exemplo: pais que recebem excelente proposta de emprego para trabalharem por dois meses no meio da floresta Amazônica. A fim de evitar a perda do ano letivo, os pais optam em conferir a guarda a uma vizinha que sempre cuidou da criança. Nesse exemplo, a guarda ocorreria por somente 2 meses e teria o objetivo de suprir uma falta **eventual** dos pais.

2.4) Guarda em caso de acolhimento familiar:

O artigo 34, § 2° do ECA estatui a possibilidade da pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar receber a criança ou adolescente sob a forma de guarda.

Essa hipótese já poderia ser incluída na "regularização da posse de fato", mas a lei buscou deixar essa possibilidade ainda mais clara.

2.5) Guarda para regularização de serviços domésticos:

O artigo 248 do ECA previa uma sanção administrativa nos seguintes termos: *"Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável."*

Em essência, não se tratava de uma forma autônoma de guarda, já que estava inserida na guarda como maneira de regularizar a posse de fato.

De acordo com a norma, quem recebe o adolescente para trabalho "deve apresentá-lo ao juiz da Infância e Juventude para a regularização da guarda, afinal, o menor não pode ficar em local distante de onde vivem seus pais, sem representação legal."[154]

A inspiração do dispositivo é o artigo 71 do Código de Menores, nesses termos: *"Deixar de apresentar ao Juiz de sua residência, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar*

---

[154] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 780.

a guarda, menor trazido de outra comarca para prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável. Pena – multa de meio a três valores de referência, independentemente do pagamento das despesas de retorno do menor, se for o caso."

Em boa hora, a Lei 13.431/17 revogou o dispositivo em análise. Como anota Guilherme Barros, "a revogação tem o objetivo de deixar ainda mais clara a proibição do trabalho infanto-juvenil, inclusive o doméstico."[155]

De remate, a abalizada doutrina de Josiane Veronese explicita a razão de comemorarmos a revogação do art. 248: *"de longa data entendíamos que o trabalho doméstico não devesse ser realizado por pessoas menores de 18 anos de idade, porque tal atividade pode resultar em uma das situações que o ECA, em seu art. 67 proíbe, tal como o trabalho noturno, uma vez que muitas empregadas domésticas na condição de babás dormem no emprego, o perigoso, pois usam facas, produtos de limpeza, etc., razão por que postulávamos pela imperiosa revogação deste dispositivo."*[156]

2.6) Da guarda previdenciária:

Na linha da melhor doutrina sobre o assunto, entendemos que não se admite a guarda para fins previdenciários.

Explica-se: o artigo 33, § 3° do Estatuto não cria uma nova modalidade de guarda. O que ele regula é o efeito previdenciário de uma guarda que foi deferida em virtude da presença de uma das hipóteses existentes nos § § 1° e 2° do art. 33.

Portanto, se a guarda é deferida para regularizar a posse de fato, um dos efeitos dessa guarda adentra na seara previdenciária. Todavia, não cabe postular a guarda com o objetivo de alcançar efeitos previdenciários.[157]

Abaixo faremos considerações sobre a revogação do artigo 33, § 3° pela Emenda Constitucional 103 de 2019 (reforma da previdência).

3 - Obrigações decorrentes da guarda:

O artigo 33, *caput* afirma que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional.

A assistência **material** é relacionada ao sustento financeiro. A **moral** se relaciona com o afeto que deve existir entre as pessoas. Por fim, a **educacional** se relaciona com a devida escolarização da criança/adolescente que esteja sob guarda.

Essas obrigações buscam reproduzir o que se espera de uma família natural. Apesar da guarda ser uma forma de colocação em família substituta, não há motivo para que esses deveres sejam afastados.

Considerando que o guardião passa a ser o responsável, há o direito de opor-se a

---

[155] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 329.

[156] VERONESE, Josiane Rose Petry. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir. Coordenadores. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. – 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 1.504.

[157] Nesse sentido, FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 134.

terceiros, inclusive aos pais.

4 - Guarda e destituição/suspensão do poder familiar:

Questão que se coloca diz respeito à necessidade de suspensão ou destituição do poder familiar para que seja conferida a guarda como forma de família substituta.

Para chegar a essa resposta se faz necessário analisar os § § 2° e 4° do artigo 33.

Com efeito, conforme já exposto anteriormente, o § 2° do art. 33 admite a guarda como uma forma de colocação em família substituta que visa atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais. Já o § 4° narra que o deferimento da guarda não impede o direito de visitas e o dever de prestar alimentos, salvo decisão judicial em contrário ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção.

Da junção desses dispositivos extrai-se que a guarda é uma medida branda de colocação em família substituta. Os pais não precisam ter descumprido algum dever inerente ao poder familiar para que seus filhos recebam essa medida protetiva[158].

Logo, não é necessária a suspensão ou destituição do poder familiar para que uma criança ou adolescente seja colocada sob guarda. Ressalte-se ser possível que, no caso concreto, haja a suspensão ou mesmo destituição do poder familiar – essa providência apenas não é obrigatória.

5 - Guarda e efeitos previdenciários:

Conforme mencionado no item "2.6" desse capítulo, entendemos que não há possibilidade de conceder a guarda com finalidade previdenciária. Todavia, é diferente de conceder efeitos previdenciários a uma guarda que foi deferida com base nos requisitos do artigo 33, § § 1° e 2° do Estatuto.

Passada essa observação preliminar, vemos que o artigo 33, § 3° do ECA expõe que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, **inclusive previdenciários**.

O dispositivo, em um primeiro momento, leva a crer que não existe dúvida sobre o assunto: crianças e adolescentes sob guarda são considerados dependentes da previdência social.

Contudo, a controvérsia sobre o assunto reside na Lei 8.213/91 – Lei de benefícios da previdência social. Isso porque, seu o artigo 16, § 2° cuida daqueles que são equiparados a filho para efeitos de configuração da condição de dependente.

A redação original desse dispositivo vinha nos seguintes termos: "Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; **o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda**; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação."

Ocorre que a Lei 9.528/97, fruto de conversão da MP 1.523/96, alterou a redação do dispositivo que passou a prever: "O **enteado e o menor tutelado** equiparam-se a filho

---

[158] É sempre importante lembrar que a colocação em família substituta tem natureza de medida protetiva (artigo 101, IX do ECA).

mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento."

Comparando as redações legais acima transcritas, fica claro que a Lei 9.528/97 veio a lume justamente para afastar a equiparação a filho da criança e adolescente sob guarda. Em outras palavras: se não existe mais essa equiparação, cessa também a condição de dependente para fins previdenciários.

Ressalte-se que o artigo 33, § 3° do ECA, em sua redação original de 1990, permaneceu inalterado.

Diante desse conflito de leis no tempo, surgiu a tese de que a Lei 9.528/97 teria revogado o artigo 33, § 3° do ECA, já que é lei posterior e, portanto, não haveria mais efeitos previdenciários na guarda.

Todavia, o STJ abordou o assunto e se posicionou de forma diversa. Pela importância do tema, transcreveremos a ementa:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI N. 8.213/90. MODIFICAÇÃO PELA MP N. 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI N. 9.528/97. CONFRONTO COM O ART. 33, § 3º, DO ECA. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PREFERENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.
>
> 1. Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/97 na Lei n. 8.213/90.
> 2. O art. 33, § 3º da Lei n. 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente. (...)
>
> (EREsp 1141788/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/12/2016)

A matéria foi submetida ao rito dos recursos especiais repetitivos, tendo sido firmado o seguinte tema, tombado sob o número 732: "O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária."

Portanto, a Corte Superior entendeu que o ECA é norma especial face à alteração da Lei 8.213/91. Além disso, pelo teor dos acórdãos, é visto que o art. 227 da CRFB foi invocado, ou seja, o STJ se valeu também do critério hierárquico para dar prevalência à normativa do ECA, apesar de não ter declarado a inconstitucionalidade da Lei 9.528/97.

Consideramos oportuno deixar toda essa explicação acima, mas entendemos que a posição do STJ será revista por força da revogação tácita do artigo 33, § 3° do ECA. Isso

porque, o artigo 23, § 6° do corpo da Emenda Constitucional 103 de 2019 (reforma da previdência) assim se pronuncia: *§ 6º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte,* ***exclusivamente*** *o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica.*

A legislação constitucional veio justamente para obter o resultado que já foi perseguido pela alteração da Lei 8.213/91. Agora, porém, como a mudança foi realizada por emenda constitucional, não vemos motivo para afastar sua validade. Nessa linha, não há mais que se falar em efeitos previdenciários da guarda.

6 - Aspectos processuais:

O regime dualista da guarda, traz diferenças também no procedimento a seguir.

Deveras, na linha dos professores Cristiano Chaves e Nelson Roosevalt, a guarda que visa deixar a criança ou adolescente na família natural segue o procedimento dos artigos 693/699 do CPC, que trata das ações de família. Já a guarda como forma de colocação em família substituta se submete aos artigos 165/170 do ECA.

No que tange à competência, a regra é que – em ambos os casos, tramite na Vara de Família. A exceção é a guarda como forma de colocação em família substituta quando a criança e adolescente estiver em situação de risco, caso em que a competência será da Vara de Infância (art. 148, PU, "a" do ECA). Arrematam os autores acima citados que "a ação de guarda de filhos, por sua vez, será sempre de competência da vara de família". [159]

Para finalizar esse tópico, ressalta-se que a guarda pode ser revogada a qualquer tempo, mediante decisão judicial e ouvido o MP (art. 35 do ECA).

7 - Considerações finais:

O artigo 34 do ECA reproduz o contido no artigo 227, § 3°, VI da CRFB ao expor que o Poder Público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

Além disso, o Estatuto traz disposições que seriam mais bem colocadas no capítulo que cuida das medidas protetivas, já que narra a preferência do acolhimento familiar em relação ao acolhimento institucional, sendo certo que a pessoa ou casal que estejam no programa de acolhimento familiar poderão receber a criança ou adolescente mediante guarda.

Por fim, os § § 3° e 4° do artigo 34 tratam de estímulo ao acolhimento familiar.

CAPÍTULO 6 – DA FAMÍLIA SUBSTITUTA – TUTELA

1 - Introdução:

A tutela tem ampla regulamentação no Código Civil – art. 1.728 até 1.766. No ECA

---

[159] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. Op. cit. pág. 680.

sua disciplina é tímida.

Considerando que essa obra cuida do Direito da Criança e Adolescente, não nos alongaremos no estudo da tutela e remetemos o leitor à doutrina civilista.

2 - Objetivo e características:

De acordo com Roberto João Elias, a tutela é "o poder conferido a uma pessoa capaz, para reger a pessoa de um incapaz e administrar seus bens."[160] De maneira mais detalhada, pode-se dizer que "seu objetivo é possibilitar que a criança ou adolescente seja assistida ou representada. A tutela perdura até que o adolescente alcance 18 anos e, com isso, a maioridade civil (Cód. Civil, art. 5). Quando a pessoa possui desenvolvimento mental incompleto, a hipótese não se trata de tutela, mas sim de curatela (art. 1.767, I, CC/02)."[161]

Seguindo os conceitos acima, se a tutela visa dar representação aos incapazes e assistência aos relativamente incapazes, conclui-se que se faz necessária a prévia perda ou suspensão do poder familiar, conforme expressamente previsto no art. 36, PU do ECA. Deveras, se ainda existisse o pai ou mãe exercendo o poder familiar, seria desnecessário cogitar em um tutor.

A tutela cessa aos 18 anos de idade, porque o, agora adulto, poderá exercer os atos da vida civil normalmente.

A tutela implica o dever de guarda, ou seja, conforme artigo 33 do ECA conclui-se que o tutor está obrigado a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente.

Caso o tutor seja nomeado por testamento, terá 30 dias para ingressar com pedido de controle judicial do ato, seguindo o procedimento dos artigos 165 a 170 do ECA. Para esse pedido se avaliará o melhor interesse da criança e adolescente, sendo aplicável o artigo 28 e 29 do Estatuto.[162]

Para a destituição de tutela é preciso pronunciamento judicial em procedimento contraditório (aplicação do artigo 24 do ECA).

3 - Da competência:

A exemplo do que ocorre com a guarda, nem sempre a tutela terá sua competência definida na Vara de Infância. Isso só ocorrerá se a criança ou adolescente estiver em situação de risco (art. 148, PU, "a" do ECA)[163]. Nos demais casos, a competência é da Vara de Família.

---

[160] ELIAS, Roberto João. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 322.

[161] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 73.

[162] Art. 37 e 37, PU do ECA.

[163] LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit. pág. 33.

CAPÍTULO 7 – DA FAMÍLIA SUBSTITUTA – ADOÇÃO

1 - Conceito:

A adoção é "uma medida protetiva de colocação em família substituta que estabelece o parentesco civil entre adotantes e adotados."[164]

É uma medida protetiva, já que, a exemplo da guarda e tutela, representa uma forma de colocação em família substituta (art. 101, IX do ECA).

Ressalvamos, entretanto, uma característica: no nosso entendimento, a adoção é medida protetiva de colocação em família substituta até o trânsito em julgado da sentença que a concede. Após o trânsito em julgado[165] haverá a formação de um novo vínculo de filiação e, considerando a vedação de discriminação entre filhos naturais e por adoção (art. 227, § 6° da CRFB), os pais que eram postulantes a adoção passam a ser integrantes da família natural.

Em outras palavras: a adoção só se considera forma de colocação em família substituta até o trânsito em julgado da sentença. Passado esse marco temporal, constitui-se novo vínculo de parentesco que se enquadra no conceito do art. 25, *caput* do ECA – família natural.

2 - Requisitos:

Como medida jurídica que cria um parentesco civil, a adoção se submete a diversos requisitos que serão enumerados abaixo.

2.1) Idade do adotando:

O artigo 40 do ECA afirma que o adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. A parte final do dispositivo revela uma das hipóteses de aplicação excepcional do Estatuto às pessoas entre 18 e 21 anos, como disciplinado no artigo 2°, PU do ECA.

Questão: Diante do teor legal, é possível a adoção de maiores de 18 anos?

Para responder essa questão é preciso ir ao Código Civil, especificamente artigo 1.618 e seguintes. Em tais dispositivos havia regramento sobre a adoção. Ocorre que tal disciplina foi quase totalmente suprimida pela Lei 12.010/09, que também promoveu mudanças no ECA.

A leitura do artigo 1.619 estipula que "a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras da Lei 8.069/90." O dispositivo não deixa dúvidas: é possível a adoção de maiores de 18 anos, sendo certo que as regras são aquelas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, deve-se ressaltar que a competência para o julgamento dessa ação de adoção não será da Vara de Infância, mas sim da Vara de Família.

---

[164] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág.190.

[165] Art. 47, § 7° do ECA.

2.2) Idade dos adotantes:

No que tange à idade dos adotantes, o artigo 42, *caput* esclarece que somente os maiores de 18 anos podem adotar. O estado civil não influencia nessa exigência.

Assim, considerando que a idade núbil é de 16 anos, conforme artigo 1.517 do CC, é possível que haja interesse de um casal com, por exemplo, 17 anos adotar uma criança. Essa adoção não poderá ocorrer, já que o estado civil não influencia na idade mínima prevista no Estatuto para o casamento.

Além disso, o artigo 42, § 3° do ECA estipula que o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. De acordo com a doutrina, "tratando-se de adoção bilateral ou conjunta, apenas um dos adotantes deverá preencher esse requisito."[166]

Ainda sobre a diferença de 16 anos entre adotante e adotando, é válido esclarecer que esse lapso tem como objetivo criar relação de respeito entre pais e filhos. A idade, muitas vezes sinônimo de maturidade, cria essa respeitabilidade. Os pais devem ser referência para os filhos. Se assim ocorre com a família constituída de forma biológica, também deve ocorrer com a família constituída pela adoção.

Entretanto, nada impede que haja flexibilização da diferença de idade quando restar demonstrado que o fim buscado pela norma foi alcançado. Nesse linha foi a posição do STJ em caso de adoção de adulto que estava com os pretensos adotantes há longo tempo e já haviam constituído vínculo de socioafetividade. Na hipótese concreta, a diferença de idade era de pouco menos de 16 anos. A Corte Superior, com acerto, flexibilizou o artigo 42, § 3° do Estatuto e permitiu a adoção.[167]

2.3) Requisitos para a adoção conjunta:

A adoção conjunta é aquela feita por um casal. Nesse caso, o artigo 42, § 2° do ECA diz ser indispensável o casamento civil ou a união estável, comprovada a estabilidade da família. O objetivo da lei foi resguardar o adotando, que merece ser criado em lar harmonioso.

Nada impede a adoção conjunta por casal homoafetivo. O STF, na ADI 4.277 deixou claro que não há diferenças entre a parcela homoafetiva da sociedade e a parcela heteroafetiva. Nesse sentido, a adoção por dois homens ou duas mulheres é perfeitamente possível, mas, a exemplo do que ocorre com um casal heterossexual, também deverá haver prova do casamento civil ou da união estável, com comprovação da estabilidade da família. Trocando em miúdos: os direitos são iguais e as obrigações também!

Dita a regra, é preciso mencionar a exceção. O artigo 42, § 4° do Estatuto admite a adoção conjunta de pessoas divorciadas, judicialmente separadas e também dos ex-companheiros. Para essa medida excepcional é preciso: a) acordo sobre a guarda e regime de visitas; b) o estágio de convivência deve ter iniciado na constância do período de convivência do casal; c) comprovação de vínculo de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda. Ressalte-se que é possível deferir a guarda compartilhada (art. 42, § 5° do ECA).

---

[166] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 203.

[167] STJ - REsp 1785754/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2019.

Importante: Decisão do STJ no REsp 1217415/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi: nada obstante os termos legais e o disposto acima, o STJ se deparou com caso em que dois irmãos cuidavam de uma criança e desenvolveram vínculo de afinidade e afetividade. Os irmãos deram à criança o sentido de um lar. Levando esse caso pela letra da lei, não seria possível a adoção conjunta, vez que os irmãos não satisfazem o requisito de serem casados civilmente ou manter união estável. Todavia, o STJ excepcionou o dispositivo legal e entendeu que a adoção era válida. Transcreve-se a ementa:

> (...) ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMILIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. (...)
>
> O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.
>
> A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.
>
> Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do intérprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.
>
> O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares.
>
> O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte.
>
> Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.(...)(REsp 1217415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012)

2.4) Consentimento:

Para a adoção é necessário o consentimento dos pais ou representante legal do adotando (art. 45). É claro que se os pais forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar o consentimento não será necessário.[168] A exemplo do que ocorre em todas as formas de colocação em família substituta, se o adotando for maior de doze anos, seu consentimento também será necessário (art. 28, § 2° e 45, § 2°).

Importante ressalvar que o consentimento não é exigido dos pais quando estivermos diante de adoção de maior de 18 anos. Nesse caso, somente o adotando deve consentir.[169]

2.5) Estágio de convivência:

Outro requisito para adoção é o estágio de convivência que se destina a adaptar adotando e adotante para a futura relação de parentesco que irá se formar.

O estágio de convivência está previsto no artigo 46 do ECA e terá prazo máximo de 90 dias, podendo ser prorrogado por igual período mediante decisão fundamentada[170]. Se o adotando já estiver com os adotantes mediante guarda legal (e não só guarda de fato) e tutela, o estágio pode ser dispensado[171]. Com efeito, a convivência nesse caso já terá ocorrido e seria medida extremamente burocrática ampliar esse tempo antes de conceder a adoção.

Se a pessoa ou casal for domiciliado fora do Brasil, o estágio de convivência será de no mínimo 30 dias e no máximo 45 dias, sendo possível a prorrogação por igual período. Encerrado esse prazo, deverá ser apresentado laudo fundamentado por equipe interprofissional que recomendará ou não o deferimento da adoção.[172]

Por fim, estabelece o Estatuto, que o estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e Juventude e seu cumprimento deverá ser em território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, podendo o juiz determinar que seja feita em cidade limítrofe.[173]

2.6) Interesse superior da criança e do adolescente:

Como não poderia deixar de ser, a adoção apenas será deferida se isso atender ao interesse superior da criança ou do adolescente. O foco no processo de adoção não é a satisfação dos adotantes, mas sim dos adotandos.

Justamente por isso, o artigo 43 do ECA diz que só haverá deferimento da adoção quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Na mesma esteira é o artigo 39, § 3° ao dispor que em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer

---

[168] Art. 45, § 1°.

[169] Nesse sentido, STJ - REsp 1444747/DF.

[170] Art. 46, § 2°-A.

[171] Art. 46, § 1° e § 2°.

[172] Art. 46, § 3° e § 3°-A.

[173] Art. 46, § 4° e § 5°.

os direitos e interesses do adotando.

As disposições legais sequer precisariam existir, pois decorrem do princípio do interesse superior/melhor interesse da criança e do adolescente.

3 - Vedações:

A lei regulamenta casos em que a adoção não pode ser admitida. Dividiremos essas vedações em tópicos.

3.1) Adoção por ascendentes e irmãos:

O artigo 42, § 1° do ECA afirma que não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. A regra se justifica para evitar a adoção com intuito patrimoniais e também para afastar a "confusão mental" que se formaria na pessoa do adotando. Isso porque o adotando não saberia especificar se aquela pessoa é pai ou avô, por exemplo.

No mesmo sentido é a proibição da adoção por irmãos. Busca-se afastar a confusão que se formaria nos vínculos familiares.

Ressalte-se que nada impede que uma tia adote a sobrinha, já que ela não se enquadra em nenhuma das vedações legais.

Apesar da literalidade do artigo 42, § 1° do ECA, o STJ já excepcionou a regra em caso específico. A hipótese inicial foi a adoção de uma menina de 8 anos que estava grávida por ter sido abusada sexualmente. Com o nascimento da criança, percebeu-se que a "mãe" e sua "filha" se viam como irmãs e ambas enxergavam na pretensa adotante a função de mãe. Em outras palavras: a neta via a avó como mãe e a mãe era reconhecida como irmã.

Diante de toda essa peculiaridade, a Corte Superior, de forma acertada e primorosa, entendeu cabível a adoção da neta pela avó. Vejamos trechos da ementa:

> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. (...). SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, *CAPUT*, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS.
>
> PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. (...)
>
> 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração.
>
> 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão

de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade.

4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuitos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" dos avós em pais.
5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva.
6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (...) (REsp 1448969/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014)

Destaque-se que não é uma tendência jurisprudencial flexibilizar o artigo 42, § 1° do ECA. Isso ocorreu em apenas um caso concreto e de extrema peculiaridade.

3.2) Adoção por tutor ou curador:

O artigo 44 do Estatuto prevê uma vedação temporária à adoção. Trata-se do tutor ou curador em relação ao pupilo ou curatelado, **enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance**.

O objetivo legal é "evitar que aquele, que tem por dever zelar pelo patrimônio de terceiro colocado sob sua tutela ou curatela, dilapide o patrimônio e, por via da adoção, tente legitimar seus atos ilícitos, mesmo porque irá adquirir a condição de pai e terá o direito da administração dos bens do filho (art. 1.689 do Código Civil)."[174]

Importante deixar claro que essa vedação temporária só se relaciona à adoção do pupilo ou curatelado, de forma que tutores e curadores podem adotar terceiras pessoas sem qualquer restrição.

3.3) Adoção de nascituro:

Questão que levanta alguma dúvida diz respeito à possibilidade de adotar um nascituro.

A necessidade de estágio de convivência é uma barreira à adoção de nascituro, já que é inviável conviver com quem ainda não nasceu. De acordo com Galdino Augusto Coelho Bordallo, "considerando-se que a adoção é irrevogável e concebendo-se a admissibilidade desta em relação a nascituro, estar-se-á, de certa forma, 'legalizando' a prática conhecida como 'barriga de aluguel' e se subtraindo à mãe biológica o direito de arrepender-se da

---

[174] PACHI, Carlos Eduardo. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir. Coordenadores. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. – 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 342.

entrega de seu filho para colocação em família substituta. Ademais, pelo simples exame do ECA (art. 19), verifica-se que a colocação em família substituta é exceção, devendo sempre apoiar-se a manutenção da criança e/ou adolescente no seio da família natural."[175]

Na mesma linha é a posição de Barros para quem "a principiologia do Estatuto é toda voltada para a preservação da família natural. A gestação é justamente o período em que mãe e feto estão construindo seus laços de afeto e amor. Parece-nos de todo inadequado para o desenvolvimento sadio da relação mãe-filho que a gestação seja permeada por estudos sociais e audiências cujo objetivo é despojar a mãe de seu filho, que sequer veio ao mundo."[176]

Concordamos com a posição que nega validade à adoção de nascituro. Admitir tal procedimento pode ser uma perigosa abertura para venda de crianças cujas mães estão em situação de vulnerabilidade social.

Além disso, do ECA podemos extrair a inviabilidade da adoção de nascituro. Com efeito, a adoção de nascituro, em essência, representa a manifestação de entrega da criança pela mãe. Seu regramento está no artigo 19-A do Estatuto.

Seguindo esse raciocínio e coerentes com o nosso posicionamento no sentido que o procedimento do artigo 166 e seguintes do Estatuto se aplica nos casos de entrega da criança[177], vemos barreira intransponível no artigo 166, § 6° que é enfático: "o consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança."

Portanto, além dos fortes argumentos doutrinários transcritos acima, vemos que o ECA é contrário à adoção de nascituro. É preciso que a criança nasça para, após isso, ser dado consentimento válido.

4 - Características:

A adoção é uma forma de colocação em família substituta revestida de características importantes para a correta compreensão do instituto. Vamos a elas:

4.1) Excepcionalidade:

Qualquer modalidade de colocação em família substituta é excepcional, conforme artigo 19 do ECA. Dentre tais modalidades – guarda, tutela e adoção, - a última se mostra como ainda mais excepcional.

O caráter excepcional fica claro no artigo 39, § 1° do Estatuto quando se diz que só deve-se recorrer à adoção "quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa".

4.2) Irrevogabilidade:

---

[175] BORDALLO, Augusto Coelho. Adoção. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 383.

[176] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da Criança e do Adolescente. Coleção Sinopses para concursos – coord. Leonardo Garcia. 7ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, pág. 109.

[177] Nossa posição foi abordada na Parte 2 desse livro, Título 2, capítulo 1, item III.b.

Outra característica importante da adoção é a irrevogabilidade, que vem expressa no artigo 39, § 1° do ECA.

A irrevogabilidade busca evitar que famílias que adotaram devolvam seus filhos caso venham a se arrepender. A adoção passa por um procedimento longo, com habilitação, estágio de convivência, manifestação do MP, sentença judicial entre outras peculiaridades.

Além disso, crianças e adolescentes não podem ser vistos como "bens de consumo" a ponto de devolvê-los se não ficarem satisfeitos!

Necessário deixar claro que a adoção é irrevogável a partir do momento em que se ultima, ou seja, com o trânsito em julgado da sentença, conforme artigo 47, § 7° do ECA.

Logo, essa característica não se faz presente quando estivermos no curso do processo de adoção, mesmo que já iniciado o estágio de convivência.

<u>Questão</u>: se os pretensos pais pedem a "devolução" daquela criança/adolescente com quem iniciaram o estágio de convivência, qual medida deve ser tomada?

Não vemos razão para negar o pedido dos pretensos pais, até porque insistir na adoção seria o mesmo que colocar a criança/adolescente em um lar que não lhe acolhe.

Todavia, indiscutível é a responsabilidade civil dos pretensos adotantes que poderão ser condenados em indenização por danos morais. Isso porque, o processo de adoção e o estágio de convivência geram expectativa no adotando. É difícil explicar a uma criança que ela não ficará com aquela família porque os adotantes desistiram. Sem dúvida, esse fato ocasionará sentimento de abandono, baixa autoestima e revolta.

Pretensos adotantes precisam saber que têm responsabilidade em seus atos e, mais do que isso, devem ter conhecimento que o processo é voltado para atender os interesses da criança e do adolescente e não dos adultos que querem ter um filho (muitas vezes porque não conseguem de forma natural).

Portanto, a manifestação de devolução da criança/adolescente acarretará na condenação dos pretensos adotantes em danos morais, além da exclusão dos cadastros de adoção e vedação na renovação da habilitação, salvo decisão judicial em contrário (art. 197-E, § 5° do ECA).

<u>Atenção</u>: julgamento do STJ no REsp 1545959/SC. Nesse julgamento a Corte enfrentou caso de adoção unilateral (artigo 41, § 1° do ECA) em que filho havia sido adotado pelo companheiro da mãe após o falecimento do pai biológico. Ocorre que o adotado passou a ter relações de afinidade e afetividade com a família do pai biológico (avós paternos, tios, primos, etc) e pediu a revogação da adoção para que o nome do genitor voltasse a constar em sua certidão de nascimento. Após negativas nas instâncias ordinárias, o STJ admitiu a revogação da adoção. O principal argumento foi: a irrevogabilidade tem como objetivo resguardar o adotando e não os adotantes. Trata-se de norma que visou proteger as crianças e adolescentes.

Pela importância do caso, transcreve-se parte da ementa:

> (...). ADOÇÃO UNILATERAL. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE.
>
> 1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o

> Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante.
>
> 2. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente, cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro.
> 3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente - usualmente o pai - desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o consequente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado.
> 4. Diante desse cenário, e sabendo-se que a norma que proíbe a revogação da adoção é, indisfarçavelmente, de proteção ao menor adotado, não pode esse comando legal ser usado em descompasso com seus fins teleológicos, devendo se ponderar sobre o acerto de sua utilização, quando reconhecidamente prejudique o adotado.
> 5. Na hipótese sob exame, a desvinculação legal entre o adotado e o ramo familiar de seu pai biológico, não teve o condão de romper os laços familiares preexistentes, colocando o adotado em um limbo familiar, no qual convivia intimamente com os parentes de seu pai biológico, mas estava atado, legalmente, ao núcleo familiar de seu pai adotivo.
> 6. Nessas circunstâncias, e em outras correlatas, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente, que tem o peso principiológico necessário para impedir a aplicação de regramento claramente desfavorável ao adotado - in casu, a vedação da revogação da adoção - cancelando-se, assim, a adoção unilateral anteriormente estabelecida. (...) (REsp 1545959/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2017)

Necessária uma observação final sobre o julgado acima: a ementa dá a entender que a adoção unilateral seria sempre revogável. Não foi essa a posição do STJ! A Corte apenas analisou um caso de adoção unilateral em que, pelas peculiaridades, foi razoável entender que poderia ser revogada. Todavia, a adoção, independentemente da modalidade, é – em regra – irrevogável.

4.3) Ato personalíssimo:

A natureza personalíssima da adoção se revela no artigo 39, § 2° do Estatuto: "É vedada a adoção por procuração".

Como assevera o professor Murillo Digiácomo, "a adoção, por suas características e implicações, possui caráter personalíssimo, demandando a análise de certos requisitos, como o estabelecimento de uma relação de afinidade e afetividade entre adotante(s) e adotando, a adaptação deste ao convívio da nova família, dentre outros, que tornam indispensável o contato prévio entre eles, permitindo, assim, a adequada avaliação da situação em concreto pela autoridade judiciária, a partir de um criterioso estudo de caso que deve ser levado a efeito por uma equipe técnica interprofissional, a serviço da Justiça

da Infância e da Juventude, nos moldes do previsto nos arts. 150 e 151 do ECA. Tais fatores, somados à constatação de que a adoção de crianças e adolescentes não possui, como na origem do instituto, um caráter 'contratual', mas se constitui numa medida de proteção, que deve ser aplicada com cautela e responsabilidade pela autoridade judiciária, tornam completamente inviável a adoção por procuração."[178]

4.4) Incaducável[179]:

Essa característica da adoção significa que a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais (art. 49 do ECA).

E não teria como pensar diferente. Ora, se a adoção atribui a condição de filho ao adotando, sem possibilidade de qualquer diferenciação ou discriminação, é óbvio que a morte dos adotantes em nada altera esse quadro. O mesmo que ocorre com os filhos biológicos ocorre também com os filhos oriundos de adoção.

4.5) Atribui a condição de filho:

Por força de mandamento constitucional, os filhos havidos por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.[180]

Justamente por isso, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 41 do ECA).

Importante tecer algumas considerações sobre o artigo 41: quando a lei diz que o adotando se desliga de qualquer vínculo com pais e parentes, está se referindo ao parentesco biológico. Ademais, essa regra pode ser excepcionada na hipótese de multiparentalidade, quando o pai e mãe biológicos permanecerão nessa condição.

Sobre os impedimentos matrimoniais: a norma se destina a evitar que um filho, adotado por outra família, case com sua mãe biológica ou contraia matrimônio sem observância das restrições do artigo 1.521 do CC/02.

Por fim, e ainda como consequência do mandamento constitucional, os direitos sucessórios são recíprocos (artigo 41, § 2° do ECA).

5 - Modalidades:

Existem modalidades de adoção. Essas modalidades não são excludentes. Logo, um caso pode se enquadrar em mais de uma modalidade. Exemplo: a adoção unilateral (artigo 41, § 1°) é uma hipótese de adoção *intuito personae*, conforme artigo 50, § 13 do Estatuto.

---

[178] DIGIÁCOMO, Murillo. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 330.

[179] Essa expressão é por ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 199.

[180] Art. 227, § 6° da CRFB.

5.1) Adoção unilateral:

A adoção unilateral está prevista no artigo 41, § 1° do ECA e ocorre "se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro". Nesse caso, "mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes."

Exemplo de adoção unilateral: a genitora teve relacionamento ocasional com uma pessoa e engravidou. Após o nascimento, o genitor não foi encontrado e não consta o nome do pai no registro. Estabelecido novo relacionamento entre a genitora e terceira pessoa (padrasto) esse resolve adotar o filho de sua companheira.

Nessa adoção, por evidente, o adotante permanece com todos os vínculos que tinha com a genitora (afinal, ela continuará sendo a mãe!) e acrescentará os vínculos de parentesco com o adotante e sua família.

Julgado importante do STJ: A Corte Superior se deparou com caso em que duas mulheres que viviam em união estável resolveram fazer inseminação artificial heteróloga, ou seja, buscaram o material genético de um desconhecido e inseminaram em uma delas. Após o nascimento da criança, a outra companheira postulou a adoção unilateral ao argumento, dentre outros, que a gravidez já estava compreendida no planejamento familiar. As instâncias ordinárias julgaram procedente o pedido de adoção, mas o Ministério Público recorreu ao STJ sustentando que não caberia falar em adoção por casais homoafetivos.

O STJ negou provimento ao recurso ministerial e admitiu que ocorresse a adoção unilateral. Vejamos a ementa:

> (...) UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.
>
> I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.
>
> II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.
>
> III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.
>
> IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma

lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. (...) (REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012).

5.2) Adoção conjunta

A adoção conjunta está prevista no artigo 42, § 2° do ECA. Nela se exige que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Nesse tipo de adoção, duas pessoas adotam outrem. É a hipótese clássica de adoção, pois visa reproduzir uma família biológica.

No mais, remetemos o leitor ao item II.c deste capítulo, em que abordamos o assunto.

5.3) Adoção por solteiros:

Nada impede a adoção por pessoas solteiras, desde que obedecidos os requisitos do artigo 42, *caput* e § 3° e 43 do ECA.

Logo, respeitadas as idades e verificada a existência de reais vantagens para o adotando, a adoção a pessoa solteira deve ser deferida.

5.4) Adoção *post mortem*/póstuma:

A adoção *post mortem*, como o próprio nome já diz, é aquela deferida após o falecimento do adotante. Para tal tipo de adoção, é preciso que haja inequívoca manifestação

de vontade, com morte no curso do procedimento e antes de prolatada a sentença (art. 42, § 6° do ECA).

Nessa modalidade de adoção, a sentença possui força retroativa (eficácia *ex tunc*) à data da morte, como se verifica no artigo 47, § 7°, parte final do Estatuto. O objetivo é claro: fazer com que o adotando possa suceder nos bens do adotante.

Explica-se: a regra geral disposta no artigo 47, § 7° do ECA é que a adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva. A aplicar essa normativa, em casos de adoção *post mortem*, o adotando não sucederia o adotante, já que aberta a sucessão (leia-se, no momento do falecimento) a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (direito de *saisine* – art. 1.784 do CC). Com a parte final do artigo 47, § 7° do ECA, a sentença passa a ter efeitos retroativos à data do óbito, ou seja, ao momento de abertura da sucessão. Cabível, pois, que o adotando suceda nos bens do falecido.

Duas observações devem ser feitas e dizem respeito a marcos temporais:

A primeira diz respeito ao marco inicial disposto no ECA para admitir essa modalidade de adoção. O artigo 42, § 6° diz que o falecimento deve ter ocorrido "no curso do procedimento". A literalidade nos leva a crer que a ação de adoção já deve ter sido ajuizada.

Todavia, o STJ flexibiliza o teor legal e admite a adoção póstuma quando ficar comprovada a inequívoca intenção de adotar, mesmo sem início do procedimento formal:

> (...) RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO-PÓSTUMA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO ADOTANTE FALECIDO. (...)
>
> 1. Em que pese o art. 42, § 6º, do ECA estabelecer ser possível a adoção ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento de adoção, a jurisprudência evoluiu progressivamente para, em situações excepcionais, reconhecer a possibilidade jurídica do pedido de adoção póstuma, quando, embora não tenha ajuizado a ação em vida, ficar demonstrado, de forma inequívoca, que, diante de longa relação de afetividade, o falecido pretendia realizar o procedimento.
> 2. Segundo os precedentes desta Corte, a comprovação da inequívoca vontade do falecido em adotar segue as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. (...)
> 3. A posse do estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, foi atestada pelo Tribunal de origem diante das inúmeras fotos de família e eventos sociais, boletins escolares, convites de formatura e casamento, além da robusta prova testemunhal, cujos relatos foram uníssonos em demonstrar que os adotandos eram reconhecidos como filhos, tanto no tratamento como no sobrenome que ostentavam, e assim eram apresentados ao meio social.(...) (AgInt no REsp 1520454/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2018)

Portanto, a jurisprudência admite a adoção póstuma desde que haja o tratamento do adotando como se filho fosse e conhecimento público dessa condição. Preenchidos esses requisitos se torna desnecessário o "início do procedimento."

A segunda observação diz respeito ao marco final disposto no artigo 42, § 6° do ECA, qual seja: "antes de prolatada a sentença". Entendemos que a lei precisa ser corretamente entendida e comparada com o artigo 47, § 7°. O "antes de prolatada a sentença" deve ser compreendido como "antes do trânsito em julgado da sentença." Isso porque, com o trânsito em julgado a adoção produzirá todos os seus efeitos e será desnecessário falar em adoção *post mortem*. Por outro lado, se formos pela literalidade da lei, uma morte ocorrida após a sentença, mas antes do trânsito em julgado (caso de um recurso interposto pelo Ministério Público, por exemplo) não daria ensejo à adoção *post mortem*. Isso não faria nenhum sentido!

5.5) Adoção *intuito personae*:

Para entender essa modalidade de adoção é preciso compreender como ocorre, em regra, um processo de adoção. Em condições normais, o postulante à adoção não escolhe livremente a pessoa a ser adotada. Há um cadastro mantido pela autoridade judiciária em cada comarca ou foro regional com registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.[181] Só será permitida a inscrição de postulantes à adoção após prévia consulta aos órgãos técnicos da Vara de Infância e com intervenção do MP e preparação psicossocial e jurídica. Se o postulante mostrar incompatibilidade com a medida ou não oferecer ambiente familiar adequado, a inscrição será indeferida.[182]

Sempre que possível e recomendável a preparação incluirá contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional. Esse contato deve ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude.[183]

O cadastro da comarca ou foro regional não é o único. Há cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados. Esses cadastros serão utilizados somente se a criança ou adolescente não tiver colocação familiar na comarca de origem. Nessa hipótese, cabe à autoridade judiciária inscrever essas crianças e adolescentes no cadastro estadual e no nacional.[184]

As autoridades estaduais e federais terão acesso integral aos cadastros e cabe à autoridade central estadual zelar pela manutenção correta e alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à autoridade central federal. Todo esse procedimento de alimentação do cadastro e convocação criteriosa dos postulantes à adoção é fiscalizado pelo Ministério Público.[185] A nosso ver, o Estatuto foi muito tímido na fiscalização do cadastro.

---

[181] Art. 50.

[182] Art. 50, § § § 1°, 2° e 3°.

[183] Art. 50, § 4°.

[184] Art. 50, § § 5° e 8°.

[185] Art. 50, § § § 7°, 9° e 12.

É normal ver casais que não sabem sua posição dentro do cadastro e não entendem a razão de tanta demora em conseguir a adoção. O melhor seria permitir acesso ao cadastro para diversos órgãos e Instituições que participam ativamente da Justiça da Infância, tal como a Defensoria e OAB, além, é claro, de passar maior transparência aos próprios postulantes à adoção em relação à sua posição no cadastro.

Dentro desse cadastro, deve-se dar prioridade a pessoas interessadas em adotar criança ou adolescente com deficiência ou doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos.[186]

Somente se esses cadastros não resultarem em pessoas interessadas à adoção é que serão consultados cadastros para pessoas ou casais residentes fora do país e a criança ou adolescente será encaminhada à adoção internacional.[187]

Passada essa explicação prévia, fica mais fácil explicar o que é a adoção intuito personae. Trata-se da adoção em que não se observa a ordem do cadastro de pessoas habilitadas à adoção. Nesse tipo de adoção, o adotante sequer precisa figurar no cadastro.

Suas hipóteses de cabimentos estão no artigo 50, § 13 do ECA e todas se relacionam, em essência, à afetividade. É o caso da adoção unilateral, já tratada nessa obra. Também ocorre esse tipo de adoção quando for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculo de afinidade e afetividade. A última hipótese legal é aquela requerida por quem detém a guarda legal de criança maior de 3 anos, desde que constatada a fixação de laços de afinidade e afetividade.

Embora a lei não seja clara nesse sentido, entendemos que as hipóteses enumeradas no artigo 50, § 13 do ECA são meramente exemplificativas. Assim, sempre que restar comprovado que afastar o cadastro é o melhor para criança ou adolescente, tal providência deve ser tomada.

Na mesma linha foi a conclusão do I Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude, realizado em São Paulo no ano de 2010. Vejamos a súmula: *"apesar da primazia da adoção cadastral e impessoal estabelecida no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o rol trazido no § 13 do mencionado dispositivo não pode ser considerado taxativo em observância ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente."*

O STJ também já flexibilizou a ordem do cadastro em caso que não se amoldava perfeitamente a nenhum dos incisos do artigo 50, § 13. Vejamos:

> (...) ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA(...)
>
> 1. A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas

---

[186] Art. 50, § 15.

[187] Art. 50, § § 6° 10.

> cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente.
>
> 2. No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos. (...)
>
> 5. A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança. (...) (REsp 1347228/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012)

Pelo acórdão acima é possível ver que a criança ainda não havia completado 3 anos e por isso não se enquadrava perfeitamente no artigo 50, § 13, inciso III do ECA. Mesmo assim o STJ entendeu cabível a adoção sem observância do cadastro.

É claro que esse tipo de adoção não permite que pessoas sem as devidas qualificações sejam adotantes. Por tal motivo, o artigo 50, § 14 esclarece que nas hipóteses de adoção *intuito personae* o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção. Em outras palavras: o candidato deve demonstrar que possui os requisitos para se habilitar à adoção.

Questão: É possível que os pais biológicos indiquem quem eles querem que sejam os adotantes?

A situação acima narrada é bastante comum. Os pais pretendem entregar seu filho, mas querem ter a garantia que o infante estará em uma família harmoniosa. Para isso, indicam quem serão os pais adotivos.

Seguindo o rigor legal, os pais biológicos deveriam entregar essa criança à adoção e ela seria conferida a pessoa que figura nos cadastros de habilitados. Todavia, considerando o caráter exemplificativo no artigo 50, § 13 do ECA, entendemos plenamente viável que os pais biológicos digam especificamente quem serão os pais adotivos.

É claro que os verdadeiros motivos para entrega à pessoa específica devem ser apurados a fim de que não haja incentivo ao crime previsto no artigo 238 do ECA: *"Promoter ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa."*

Verificando que os motivos são justos como, por exemplo, entregar a criança a pessoas que a família sabe serem idôneos, não vemos razão para vedar tal procedimento.

Por fim, considerando a instabilidade jurisprudencial sobre o tema, a prática revela que os pais biológicos preferem dar a criança em guarda e aguardar que ela faça 3 anos com o fito de ver satisfeito o requisito do artigo 50, § 13, III do ECA, já que muitas vezes a manifestação de entrega à pessoa específica sofre impugnação judicial, o que pode gerar a expedição de mandado de busca e apreensão seguido do acolhimento da criança.

5.6) Adoção internacional:

A adoção internacional encontra amplo regramento no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso, abriremos novo tópico para cuidar do assunto. Por ora, cabe apenas conceituar essa modalidade de adoção.

O artigo 51 do ECA conceitua a adoção internacional como aquela em que o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia promulgada pelo Decreto 3.087/99 e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção.

Esse conceito é relevante porque fica claro que a adoção internacional não é aquela em que estrangeiros pretendem adotar. Na verdade, o sentido de adoção internacional tem relação com o deslocamento da criança e adolescente de um país a outro.

Para que fique claro: "adoção internacional não é aquela efetivada por estrangeiros! Essa advertência é necessária, porque brasileiros que residam no exterior, muito embora tenham preferência na adoção em face do estrangeiro, estarão sujeitos às regras da adoção internacional, se quiserem adotar uma criança ou adolescente que se encontra no Brasil. Da mesma forma, estrangeiro que resida no Brasil e que pretenda adotar estará sujeito às regras da adoção nacional, pois não há deslocamento da criança ou do adolescente para outro país de acolhida."[188]

5.7) Adoção à brasileira:

A adoção à brasileira não é uma adoção e também não pode ser chamada de brasileira!

Trata-se de terminologia consagrada na prática e se caracteriza como aquela em que uma pessoa passa a constar no registro de nascimento da criança sem ter vínculo biológico e sem se submeter a um processo de adoção. Na verdade, essa conduta é tipificada como crime pelo artigo 242 do CP.

Diz-se que é "à brasileira" aludindo ao "jeitinho brasileiro" de conseguir as coisas, mesmo que para isso seja necessário burlar a lei.

Portanto, não se trata de adoção, mas de crime. Outrossim, não é "à brasileira" porque nos recusamos a aceitar a pecha de "povo trambiqueiro" que só age burlando as normas estabelecidas, de forma que essa terminologia é pejorativa e deve ser abolida do nosso cotidiano.

6 - Adoção internacional:

A adoção internacional encontra normativa tão peculiar que se faz necessário abrir tópico separado para abordar os temas mais importantes, com algumas subdivisões.

Necessário consignar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou parâmetros convencionais de observância obrigatória no processo de adoção internacional. Isso foi exposto no caso Ramírez Escobar e outros vs Guatemala e abordado pelos professores Caio Paiva e Thimotie Heemann:

> *A Corte fixou entendimento no sentido de que para que determinado procedimento*

---

[188] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 219.

> *de adoção internacional seja compatível com a CADH, devem ser observados os seguintes requisitos: "a) que as crianças e adolescentes estejam legalmente habilitadas para adoção (adotabilidade); b) que seja levado em consideração o princípio do superior interesse da criança e do adolescente; c) que o direito das crianças e adolescentes de serem ouvidas seja garantido; d) que o procedimento de adoção internacional somente seja iniciado após esgotadas as tentativas de adoção no país de origem dos infantes (princípio da subsidiariedade da adoção internacional); e e) que não exista nenhum interesse ou benefício econômico indevido por nenhum dos envolvidos no procedimento de adoção internacional (princípio da proibição de benefícios econômicos indevidos)" (§ 208).*[189]

Passada essa análise inicial, vamos às peculiaridades da adoção internacional.

6.1) Adoção internacional de país não ratificante da Convenção de Haia:

Como exposto, o artigo 51 define a adoção internacional tendo como critério o deslocamento de uma criança ou adolescente entre países ratificantes da Convenção de Haia.

Esse conceito fechado de adoção internacional gera uma questão: é possível que uma pessoa domiciliada em país não ratificante da Convenção de Haia possa realizar uma adoção internacional?

De acordo com a doutrina especializada no tema, "embora a Convenção ofereça as garantias necessárias à realização de uma adoção dentro da legalidade, não há no Brasil previsão legal que impeça que adoções por estrangeiros sejam realizadas fora do contexto das recomendações internacionais multilaterais." Prossegue a doutrina afirmando que "os estrangeiros originários de países não-ratificantes da Convenção podem aqui adotar, desde que: (i) se inscrevam perante a Autoridade Central Estadual e se submetam ao procedimento pré-processual para sua habilitação; (ii) os Estados de acolhida garantam que a adoção será feita respeitando o superior interesse da criança e terá os mesmos efeitos, direitos, garantias e proteção legal dados às crianças no Brasil; (iii) se submetam à ordem de chamada dos interessados estrangeiros, com preferência daqueles oriundos de países ratificantes da Convenção."[190]

Portanto, é possível que interessados residentes em países não ratificantes da Convenção procedam à adoção internacional. Diga-se que a própria doutrina cita a Resolução 03/2011 do Conselho de Autoridades Centrais Brasileiras[191] que na cláusula terceira admite essa possibilidade. Logo, não há dúvidas sobre a viabilidade, mas a hipótese é de difícil ocorrência prática, já que essa adoção internacional será subsidiária em relação à já difícil adoção internacional entre países que ratificaram a Convenção.

6.2) A expressão "adoção por estrangeiros":

A alteração do ECA em 2009 que retirou a expressão "adoção formulada por es-

---

[189] PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: editora CEI, 2020.

[190] LIBERATI, Wilson Donizeti. Manual de Adoção Internacional. 1 edição - São Paulo: Editora Malheiros, 2009, pág. 100/101.

[191] O Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras foi criado pelo Decreto 3.174/99, art. 5°.

trangeiro" e a substituiu por "adoção internacional" gera uma dúvida: o resto da lei que ainda se refere à "adoção por estrangeiros" deve ser lido como "adoção internacional" ou é preciso manter a literalidade legislativa.

Dá-se um exemplo: o artigo 33, § 1° do Estatuto expõe que "a guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, **exceto no de adoção por estrangeiros**." Devemos entender que esse expressão restou alterada e precisa ser compreendida como "adoção internacional"?

Após refletir sobre o tema, entendemos que nos trechos do Estatuto que se referem a adoção por estrangeiro é preciso compreender essa expressão como sinônimo de adoção internacional, conceituada no artigo 51 do ECA.[192]

Com efeito, a lei deu especial atenção ao possível deslocamento do adotando de um país a outro. Por tal motivo, a adoção internacional tem seu conceito ligado à residência dos adotantes e não à nacionalidade, de forma que um brasileiro residente no exterior precisará se submeter ao rito da adoção internacional.

Não prospera a tese de que adoção por estrangeiros, na literalidade do termo, poderia gerar uma maior facilidade em sair do país com o adotando. Esse raciocínio nos parece equivocado porque a adoção por brasileiros também acarreta na possibilidade de saída do país com o adotado.

Além disso, o artigo 31 e 33, § 3° do ECA não foram objeto de alteração legislativa, o que demonstra ter havido um esquecimento do legislador em mudar a terminologia "adoção por estrangeiro" e adaptar ao conceito de adoção internacional. Tais dispositivos permaneceram se valendo da expressão que estava compatível com a redação original do artigo 51 que dizia: "cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31."

Por outro lado, o artigo 46, § 2°, que trata do estágio de convivência, tinha sua redação original da seguinte forma: "Em caso de **adoção por estrangeiro** residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade." Esse dispositivo foi alterado inicialmente pela Lei 12.010/09 e atualmente está com a redação dada pela Lei 13.509/17. Em ambas as alterações, o § 2° passou a ser § 3° e vem assim vazado: "**Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País**, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária".

É de se concluir que quando houve alteração de dispositivos do ECA, a nomenclatura utilizada se adaptou ao conceito de adoção internacional do artigo 51 e nos dispositivos que mantiveram a redação original do Estatuto permaneceu a terminologia "adoção por estrangeiros". Logo, fica claro que houve falta de técnica legislativa para adaptar a legislação como um todo.

Por fim, apesar do artigo 227, § 5° da Constituição explicitar que "a adoção será as-

---

192 Agradecendo nesse tópico a indispensável colaboração dos professores e defensores públicos Giancarlo Silkunas Vay e Tadeu Valverde.

sistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua **efetivação por parte de estrangeiros**", a doutrina que aborda o assunto esclarece que "em verdade, o constituinte, ao aludir à adoção por estrangeiros, referiu-se à adoção internacional, visto que (...) é possível que seja processada como nacional a adoção realizada por estrangeiro, desde que resida ou seja domiciliado no Brasil."[193]

Portanto, quando a legislação utiliza a expressão "adoção por estrangeiro" devemos entendê-la como sinônimo de "adoção internacional."

6.3) Subsidiariedade:

O caráter subsidiário da adoção internacional fica claro no preâmbulo da Convenção de Haia que cuida do assunto ao afirmar que "a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança **para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem**".

No mesmo sentido é o artigo 51, § 1°, II do ECA que condiciona a adoção internacional ao esgotamento das possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira.

A jurisprudência do STJ reconhece a subsidiariedade da adoção internacional[194]: *"CIVIL. ADOÇÃO POR CASAL ESTRANGEIRO. O Juiz da Vara da Infância e da Juventude deve consultar o cadastro centralizado de pretendentes, antes de deferi-la a casal estrangeiro. Hipótese em que, a despeito de omissão a esse respeito, a situação de fato já não pode ser alterada pelo decurso do tempo. Recurso especial não conhecido."(REsp 159.075/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2001)*

Por fim, dentro da regra de subsidiariedade, o artigo 51, § 2° estabelece mais uma preferência: os brasileiros residentes no exterior preferem aos estrangeiros. A regra precisa ser bem compreendida. O professor Valdeci Cápua explica que "com essa medida, visou o legislador privilegiar a adoção por brasileiros. Assim, somente depois de esgotadas as possibilidades da adoção por estes é que se pode deferi-la àqueles, ou seja, à família estrangeira. Tratando-se de estrangeiros residentes no Brasil, a preferência na adoção deve ser dada a eles, e não aos que residem no estrangeiro, a fim de proporcionar a permanência do adotando no Brasil."[195]

6.4) Autoridades Centrais:

De suma importância é a atuação das Autoridades Centrais no âmbito da adoção internacional. Sua regulamentação vem prevista no Decreto 3.174/99.

De acordo com Liberati, a "autoridade central é, pois, o órgão da Administração Pública encarregado de certificar a idoneidade dos atos administrativos e pré-processuais referentes à adoção. Em relação àqueles que desejam adotar crianças ou adolescentes

---

[193] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 64.

[194] O julgado utiliza a expressão "casal estrangeiro" porque é anterior à alteração do ECA pelo Lei 12.010/09 que deu novo conceito à adoção internacional.

[195] CÁPUA, Valdeci Ataíde. Adoção internacional: procedimentos legais. 1ª ed. (ano 2009), 2ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012, pág. 113.

num Estado estrangeiro, sua atuação imprime autoridade, idoneidade, seriedade e, acima de tudo, certeza da legalidade nos procedimentos pré-processuais de informações referentes aos interessados."[196]

O mesmo autor, em outra obra, conceitua a CEJA ou CEJAI – comissão estadual judiciária de adoção internacional como um "órgão de existência obrigatória, com vinculação administrativa perante o Poder Judiciário Estadual, composto por membros da magistratura e por técnicos, que emitem pareceres, de natureza consultiva e opinativa nos processos de habilitação de adoção por estrangeiros, e de caráter não vinculante ao Juiz da Infância e da Juventude."[197]

Essas Autoridades Centrais são pressupostos para a adoção internacional, conforme artigo 51, § 3° do ECA.

6.5) Procedimento:

A adoção internacional segue o procedimento dos artigos 165 a 170 do ECA. Além disso, é preciso que o casal estrangeiro formule pedido de habilitação frente à Autoridade Central no país de acolhida, ou seja, naquele para onde se pretende levar o adotando. Se a Autoridade Central do país de acolhida entender que os solicitantes são aptos, emitirá relatório nesse sentido que será enviado à Autoridade Central Estadual com cópia à Autoridade Central Federal. Esse relatório conterá toda a documentação necessária e aquilo que estiver escrito em língua estrangeira será traduzido.

Se a Autoridade Estadual verificar que todos os requisitos foram preenchidos, dará laudo de habilitação que terá validade máxima de 1 ano. Após a emissão desse laudo o interessado poderá formular o pedido perante o Juízo da Infância e Juventude do local em que se encontra a criança ou adolescente.[198]

Deve restar comprovado que a colocação em família adotiva é a solução adequada ao caso e também o consentimento, se o adotando for adolescente (art. 51, § 1°, III e artigo 28, § § 1° e 2° do ECA).

É possível que a adoção internacional seja intermediada por organismos credenciados. O credenciamento desses organismos cabe à Autoridade Central Federal brasileira. Há diversos requisitos ao credenciamento desses organismos, como se vê no § 3° e § 4° do artigo 52 do Estatuto, dentre os quais se destaca a necessidade de perseguir fins unicamente não lucrativos. Tal condição visa evitar que organismos internacionais atuem como "agenciadores de crianças e adolescentes". O objetivo de lucro seria catastrófico nessa hipótese, já que retirar crianças e adolescentes de seu país de origem seria visto por muitos como uma forma de chegar à riqueza.

Ainda nessa linha, a cobrança de valores abusivos por parte dos organismos credenciados é causa de descredenciamento e tais organismos não podem ter contato direto com dirigentes de programas de acolhimento institucional ou familiar, assim como

---

[196] LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit. pág. 68.

[197] LIBERATI, Wilson Donizeti. Adoção Internacional – doutrina e jurisprudência. 2ª edição – São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 140.

[198] Esse é o teor do artigo 52 e seus incisos.

com crianças e adolescentes em condições de serem adotados, ressalvada autorização judicial.[199]

Se a adoção internacional for feita por brasileiro residente no exterior, havendo reingresso no Brasil, essa será automaticamente recepcionada desde que as Autoridades Centrais dos países envolvidos tenham sido favoráveis à adoção (artigo 52-B do ECA e artigo 17, alínea "c" da Convenção de Haia sobre adoção internacional). Caso uma ou ambas Autoridades Centrais dos países não tenham manifestado concordância com a adoção internacional, se faz necessária homologação de sentença estrangeira pelo STJ para que seus efeitos se produzam no Brasil, o mesmo ocorrendo se o brasileiro residia em país que não era parte da Convenção de Haia.[200]

Cumprido todo esse procedimento, será prolatada sentença e só após o seu trânsito em julgado a autoridade judiciária permitirá a saída do adotando do território nacional e expedirá autorização de viagem além de confecção de passaporte ao adotando.[201]

6.6) Brasil como país de acolhida:

O Estatuto também regula a adoção internacional quando o Brasil for o país de acolhida, conforme artigo 52-C e 52-D.

Nessas hipóteses, a decisão da autoridade competente do país de origem será conhecida pela Autoridade Central Estadual, que somente não reconhecerá efeitos à adoção se restar demonstrado que viola a ordem pública ou não atende ao interesse superior da criança ou adolescente. Caso negado os efeitos da adoção internacional, o Ministério Público deverá requerer o que for de direito para resguardar os interesses da criança ou adolescente. Um exemplo de requerimento ministerial é o acolhimento institucional da criança ou adolescente, caso presente uma das hipóteses que configurem situação de risco (art. 98 do ECA).

O artigo 52-D trata da hipótese em que o Brasil é o país de acolhida e a adoção não foi deferida no país de origem porque sua legislação a delega ao país de acolhida ou na hipótese da criança/adolescente ser oriunda de país não ratificante da Convenção de Haia. Nesse caso, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional.

7 - Sentença:

7.1) Introdução:

A adoção constitui-se por sentença judicial.[202] Não há que se falar em adoção contratual no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando que um novo vínculo de parentesco é criado, será cancelado o registro civil original do adotado e será feito outro, que pode ser lavrado no Município da nova residência, constando o nome dos pais e avós, tal como ocorre com toda certidão de nas-

---

199 Art. 52, § § 11 e 14.

200 Art. 52-B, § § 1° e 2°.

201 Art. 52, § § 8° e 9°.

202 Art. 47 do ECA.

cimento. Para resguardar a intimidade do adotando, nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro.[203]

Os nomes de família (sobrenomes) serão passados ao adotado. É possível também a alteração do prenome, mas para isso deverá ser observada a participação da criança e do adolescente na decisão, com fulcro no artigo 28, § § 1° e 2°. Essa providência visa evitar que crianças e adolescentes percam sua identidade com a alteração de prenome. Basta pensar em uma pessoa com 16 anos que se chama "Rodrigo". Pode ser extremamente dificultoso alterar o nome para "Rafael". Por tal razão, apesar de possível, deverá haver consentimento do adolescente e, em relação à criança, sua opinião será considerada após oitiva por equipe interprofissional.[204]

7.2) Efeitos da sentença:

Dispositivo de suma importância é o artigo 47, § 7° do ECA que trata do momento em que a sentença produz efeitos, bem como especifica sua natureza.

A sentença só produz efeitos a partir do trânsito em julgado. Por isso, sua natureza é constitutiva, ou seja, constitui o vínculo de filiação entre adotante e adotando.

Todavia, quando se trata de adoção *post mortem* os efeitos da sentença retroagem à data do óbito. O objetivo é contemplar o adotando com a sucessão do falecido.

Dúvida surge quando se compara o artigo 47, § 7° primeira parte com o artigo 199-A do ECA, nesses termos: "A sentença que deferir a adoção produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação, que será recebida exclusivamente no efeito devolutivo, salvo se se tratar de adoção internacional ou se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando". Ora, afinal, a adoção produz efeitos "desde logo" ou somente após o "trânsito em julgado da sentença constitutiva?"

O professor Guilherme Barros entende que o artigo 47, § 7° primeira parte do ECA está revogado. Isso porque, "pelo critério temporal de solução de antinomia de normas, o artigo 199-C prevalece por ter sido inserido no Estatuto pela Lei no 12.010 de 2009. Diante disso, conclui-se que a adoção produz efeitos, como regra, desde a prolação da sentença, e não a partir do trânsito em julgado."[205]

Por outro lado, temos a posição de Rossato e Lépore, ao qual aderimos, no sentido de que "a proposta é a conciliação dos dois dispositivos no seguinte sentido: procedente a adoção, o adotado passa, de imediato à guarda do adotante, pois o recurso tem efeito meramente devolutivo (salvo no caso de adoção internacional, em que vedada a concessão de guarda ao estrangeiro e o recurso terá efeito suspensivo). Ato contínuo, aguardar-se-á o trânsito em julgado para a expedição dos respectivos mandados de cancelamento e de inscrição no registro civil das pessoas naturais."[206]

---

[203] Art. 47, parágrafos 1° ao 4°.

[204] Art. 47, § § 5° e 6°.

[205] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da Criança e do Adolescente, coleção sinopses para concursos, coord. Leonardo Garcia. 7ª edição – Salvador: Juspodivm, pág 128.

[206] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. op. cit. pág. 92.

Para fundamentar nosso entendimento ressaltamos que tanto o artigo 47, § 7° do ECA quanto o artigo 199-A do Estatuto foram fruto da mesma lei 12.010/09. Apesar do antigo 47, § 6° já possuir previsão no sentido de que a adoção produz efeitos após o trânsito em julgado, o atual 47, § 7° repetiu esse entendimento. Assim, se fosse da vontade do legislador alterar o momento em que a sentença constitutiva produz efeitos, ele teria alterado a própria redação do artigo 47, § 7° do ECA.

8 - Adoção e licença maternidade/paternidade:

Nesse tópico a discussão que deve ser posta é sobre a possibilidade de prazos diferenciados de licença maternidade entre pessoas que tiveram filhos biológicos em relação àquelas que tiveram filhos por meio da adoção.

De maneira favorável aos prazos diferenciados, sustenta-se que a mãe biológica passou pelo parto e precisa restabelecer sua saúde. Além disso, existe a recomendação de amamentação exclusiva até os 6 meses da criança. Tais circunstâncias não ocorreriam com a mãe que passou por processo de adoção.

Nessa linha o artigo 210 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União) diz que "à servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias."

Lado outro, sustenta-se que diferenciar prazos é tratar de forma diversa os filhos biológicos daqueles obtidos por meio de adoção, em afronta ao artigo 227, § 6° da CRFB.

O caso chegou ao STF por meio do RE 778.889. Nele, de maneira primorosa e acertada, o Pretório Excelso entendeu que não poderia haver prazos diferenciados de licença entre pessoas que tiveram filhos por meio de adoção em relação às que tiveram de forma biológica.

O caso teve repercussão geral reconhecida e foi fixada a seguinte tese: "Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada."

9 - Direito de conhecer a origem biológica:

O artigo 48 do ECA diz que o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada, após ter completado 18 anos.

Perceba-se que o dispositivo legal traz dois direitos: a) conhecimento da origem biológica, o que leva à possibilidade de ajuizar investigação de paternidade em face de quem se suponha ser o ascendente natural – aplica-se aqui a súmula 149 do STF, nesses termos: *"É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança"*; b) ter acesso completo aos autos do processo de adoção.

Na hipótese de acesso aos autos, fica mais fácil descobrir a origem biológica, já que em grande parte dos casos a adoção foi ajuizada em conjunto com a destituição do poder familiar. É possível também que a destituição do poder familiar esteja em apenso aos

autos principais. Assim, os réus na ação de destituição são os pais biológicos do adotado.

É fundamental entender que "o objetivo da norma não é reverter uma adoção já consumada (até porque está é irrevogável), mas sim permitir que o adotado tenha conhecimento da identidade de seus pais biológicos e dos fatores que determinaram seu afastamento de sua família de origem e sua posterior adoção."[207]

Dessa forma, o artigo 48 não tem qualquer finalidade de buscar a revogação da adoção, mas tão só de conferir ao adotado um direito da personalidade, qual seja: conhecer quem são seus pais biológicos. Isso se aplica tanto no caso de ação de investigação de parentalidade como também para o caso de obter acesso aos autos do processo de adoção. Chega-se a uma situação curiosa: ajuíza-se uma ação para buscar a paternidade biológica, mas o resultado em nada afetará no registro – os pais adotivos continuarão sendo pais. O que se busca é somente saber quem são os pais biológicos. A sentença proferida é declaratória da ascendência genética.

Para ter acesso ao processo de adoção a lei estipulou que os autos serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou outros meios, garantida sua conservação para consulta a qualquer tempo (art. 47, § 8°). Logo, é vedado destruir autos de processo de adoção.

Por fim, aos que ainda não completaram 18 anos, também é possível o acesso ao processo de adoção, mas lhes deve ser assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica, tendo em vista que conhecer tais informações pode gerar grandes traumas à pessoa.

CAPÍTULO 8 – DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO DESPORTO E AO LAZER

1 - Introdução:

Apesar do Capítulo IV do Título II do ECA se referir à educação, cultura, desporto e lazer, o fato é que trata-se de regramento quase exclusivo acerca da educação. Do artigo 53 a 58 há dispositivos sobre educação e somente o artigo 59 cuida da cultura, desporto e lazer.

2 - Da educação:

2.1) Base constitucional e abrangência:

A Constituição tratou da educação nos artigos 205 a 214, sendo certo que se trata de direito de todos e dever do Estado e da família. É um direito social (art. 6° da CRFB).

No âmbito infraconstitucional merece destaque a lei de diretrizes e bases (Lei 9.394/96), que já em seu artigo primeiro estabelece que "a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais".

---

[207] DIGIÁCOMO, Murillo. . In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 360.

A Lei 9.394/96 disciplina a educação de forma mais completa que o ECA. Nesse trabalho ficaremos adstritos à regulamentação do Estatuto.

O artigo 53 do ECA traz direitos assegurados ao educando, como a igualdade de condições para acesso e permanência na escola e direito de ser respeitado pelos educadores.

Considerando que a educação deve levar em conta a capacidade de crítica e de construção de novos modelos sociais, o ECA assegura que os estudantes possam se organizar e participar de entidades.

É certo também que os pais também possuem direitos, já que o artigo 205 da CRFB também imputa à família o dever de educar. Nessa linha, o Estatuto confere aos pais o direito de ter ciência do processo pedagógico e participar da definição das propostas educacionais (artigo 53, PU).

Questão interessante é a do chamado "**georreferenciamento**". Esse critério consiste em matricular os alunos na escola mais próxima das respectivas residências. O artigo 53, V diz que assegura-se a crianças e adolescente o "acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência."

Esse critério deve ser utilizado levando em conta que é um direito à criança e adolescente e não uma obrigação. Justamente nesse sentido decidiu o STJ no REsp 1175445 em caso envolvendo troca de domicílio de adolescentes que culminou na negativa de matrícula na escola que sempre estudou e estava adaptado.

Extrai-se do acórdão o seguinte trecho: "*Ao prescrever a lei que a criança e o adolescente têm direito à educação, devendo ser assegurado a eles o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência, não se instituiu uma imposição, mas sim uma possibilidade, uma opção. Do contrário, todos estariam fadados a estudar sempre na escola mais perto de sua residência, sem possibilidade de escolha.*"

Por outro lado, a Corte Superior também fez uma ressalva como se observa adiante: "*O entendimento chancelado aqui não pretende deixar por conta dos alunos a escolha da escola, o que poderia levar à inviabilidade na prestação do serviço pela impossibilidade de organização das escolas estaduais. O que se sustenta, no caso concreto, pelas circunstâncias fáticas constantes no acórdão do Tribunal de origem, é garantir ao aluno continuar estudando no Colégio Sagrada Família, o que atende com mais fidelidade à finalidade da lei.*"

Entendemos que para conciliar o direito do aluno de estudar na escola que mais lhe aprouver com o dever do Poder Público de prestar educação de forma eficiente, devemos buscar um meio termo.

Com efeito, permitir que crianças e adolescentes se matriculem em qualquer escola causaria tumulto na organização do sistema de ensino. Isso porque, as vagas ofertadas ficariam em constante adaptação, pois não seria possível ter conhecimento de quantas pessoas, pelos mais variados motivos, escolheriam a escola X ou Y.

Por outro lado, como exposto acima, o artigo 53, V do ECA é um direito da criança e do adolescente e não uma imposição.

Portanto, para adequar os dois interesses em jogo, entendemos que a criança ou adolescente pode se matricular em qualquer escola, desde que tenha justo motivo. Exemplos: a escola é mais próxima ao trabalho da genitora, apesar de ficar em outro Município; criança e adolescente que, como no caso julgado pelo STJ, já estavam adaptados ao colégio

de origem e pretendem permanecer nele após mudar de residência (decorrência também do artigo 53, I que assegura condições para **permanência** na escola); a escola em Município diverso se adapta às crenças morais e religiosas da família; criança e adolescente ameaçado na escola mais próxima por ficar em área sujeita a domínio de facção diversa do local de residência[208], etc.

Assim, o estudo deve ser, como regra, na escola mais próxima, mas isso pode ser excepcionado, caso não se trate de mero "capricho" do interessado.

De forma derradeira, merece destaque a alteração promovida pela lei 13.845 de 2019 que acrescentou a garantia de vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

2.2) Da ausência de discricionariedade na oferta de educação:

Questão importante a ser abordada se refere à ausência de discricionariedade para a prestação do serviço público de educação. Não cabe ao ente político justificar sua ineficiência na tese da "reserva do possível". Diga-se que a "reserva do possível" se tornou uma verdadeira panaceia para que os entes não precisem prestar os serviços mais básicos, tal como educação. O curioso é vermos Municípios alegando a tese ao mesmo tempo em que fazem obras faraônicas e bancam festas e eventos sem nenhuma necessidade para a cidade.

Também merece destaque que a Constituição e o ECA indicam o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como um direito público subjetivo (art. 208, § 1° e 54, § 1°).

Tratando de direito à creche, o STF, no RE 436.996 assentou que "*os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.*"

Na mesma linha o STJ já decidiu que "*o direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas.*"

Atualmente por meio do AI 761.908/SC, que gerou o RE 1008166, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria, conforme a seguinte ementa: "*auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.* ***Decisão***: *O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.*"

Como já deixamos antever, nossa posição é no sentido da ausência de discriciona-

---

[208] Infelizmente é comum no Rio de Janeiro que escolas fiquem em comunidades conflagradas por facções de tráfico e milícia. Mesmo sem pertencer a grupos criminosos, já tivemos notícias de ameaças à adolescentes simplesmente por morarem em comunidade dominada pela facção rival.

riedade para prestação do direito à educação, em qualquer um dos níveis, sob pena de tornarmos a Constituição e também o Estatuto da Criança e do Adolescente em letra morta.

Acresça-se, por fim, que o próprio ECA estabelece que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente (art. 54, § 2°). Ora, se a própria lei estabelece a possibilidade de sanção é porque o legislador não quis admitir seu descumprimento.

2.3) Educação e transporte:

Como corolário do direito à educação, deve o Poder Público fornecer o devido transporte sempre que a residência dos alunos seja distante da unidade educacional.

A essa conclusão se chega pela leitura do artigo 208, VII da CRFB: *"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, **transporte**, alimentação e assistência à saúde."*

Na linha do posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendemos que a distância de 2 quilômetros deve ser o marco divisor para oferecimento de transporte. É de se dizer, caso a escola fica a mais de 2 quilômetros da casa do aluno, o transporte é impositivo:

> *"O Município deve disponibilizar vaga em escola de educação infantil municipal, em local próximo da residência da criança/adolescente (distância de até 2Km), ou fornecer transporte escolar ao aluno que não tenha sido contemplado com vaga em escola dentro do limite de 2 Km de distância de sua residência, como, no caso, alunos residentes na zona rural do município." Apelação Cível 70079653234 Rel. Leila Vani Pandolfo Machado,*

A exemplo do que ocorre com o direito à educação, também não cabe alegar a reserva do possível para afastar o ente dessa obrigação. Isso porque, frustrar o transporte é, em grande parte dos casos, frustrar a própria educação.

2.4) Outros direitos previstos no Estatuto relacionados à educação:

O ECA prevê variada gama de direitos relacionados à educação. Buscando atender as peculiaridades de cada pessoa, o ensino fundamental também será obrigatório e gratuito para os que não tiveram acesso na idade própria. Se o adolescente for trabalhador (art. 60/69 do ECA cuida da profissionalização) o ensino deve ser prestado no turno da noite.[209]

O ensino médio deve ser ampliado. Já o ensino fundamental terá programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Outrossim, é dever do Estado assegurar acesso aos níveis mais elevados do ensino, pesquisa e criação artística.[210]

---

[209] Art. 54, I e VI.

[210] Art. 54, II, VII, VI.

Às pessoas com deficiência, o artigo 54, III do ECA prevê atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino. O objetivo da norma é inserir quem tem deficiência junto a alunos que não tenham qualquer limitação para que não haja ainda mais segregação por força das necessidades especiais. É claro que, apesar de dividirem o mesmo ambiente, a pessoa com deficiência terá dificuldades em relação ao aluno sem necessidades especiais. Por isso, deve ser dado atendimento educacional especializado.

Mais uma vez entendemos que esse atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência não pode ser negado sob o fundamento da "reserva do possível". Essa omissão acarretaria na clara violação ao direito à educação, o que ofenderia o mínimo existencial do cidadão.

Por fim, vale destacar que a educação deve trazer ambiente de acolhimento e conforto ao educando. Justamente por isso, seus valores culturais, artísticos e históricos serão respeitados garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura (art. 58).

2.5) Do ensino domiciliar – homescooling:

Questão que gera grande polêmica é a possibilidade de aceitar o ensino domiciliar, ou seja, aquele em que a família resolve não matricular os filhos na educação formal.

Pela relevância do assunto, vamos detalhar alguns pontos.

2.5.1) Conceito:

A educação familiar é conceituada por Fernanda São José como a "modalidade de ensino que proporciona à criança e ao adolescente receberem a educação formal e informal pela família, sem terem de frequentar diariamente (o que não quer dizer periodicamente) uma instituição de ensino. A educação pode ser ofertada tanto pelos pais ou responsáveis quanto por preceptores indicados e supervisionados por aqueles."[211]

Também vale trazer o conceito do Ministro Roberto Barroso, do STF, no seguinte sentido: "O homeschooling consiste na prática pela qual os pais ou responsáveis assumem a responsabilidade pela escolarização formal da criança e deixam, portanto, de delegá-la às instituições formais de ensino. As aulas podem ser ministradas pelos próprios pais ou podem ser ministradas por professores particulares contratados pelos pais. De todo modo, a principal característica é que a direção e responsabilidade pelo ensino é assumida pelos pais que optam por fazê-lo no domicílio."[212]

2.5.2) Argumentos favoráveis à educação domiciliar:

De maneira favorável à educação familiar temos a autonomia do cidadão frente ao Estado, sendo certo que, em regra, o maior interessado na educação de seus filhos são os genitores.

---

[211] SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. O homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, pág. 112.

[212] Conceito exposto em brilhante voto no RE 888.815/RS.

Além disso, há um conjunto de normas que devem ser destacadas:

a. Art. 229, CRFB:" **Os pais** têm o dever de assistir, criar e **educar** os filhos menores (...)"
b. Art 205, CRFB: "A **educação**, direito de todos e dever do Estado e da **família** (...)"
c. Declaração Universal de Direitos Humanos: art. 26, item 3: "Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos"

Art. 1634, I do Código Civil: "Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação"

Acrescentamos que o sistema educacional brasileiro está em profunda crise, com altos índices de evasão. O ensino domiciliar poderia ser uma forma de inovação na educação.

Em obra datada de 1988, o magistrado Anísio Garcia Martin assevera que o artigo 26.3 da Declaração Universal de Direito Humanos "dá aos pais a prioridade absoluta na escolha do gênero de instrução que será ministrado aos seus filhos, mas esta determinação não está assegurada nem garantida em nosso país, porque a escola pública é hoje amoral e indiferente aos costumes familiares e sociais e não tem proporcionado a continuidade das tradições morais e dos bons costumes do povo brasileiro e não se oferece aos pais a possibilidade de fazer essa escolha para seus filhos."[213]

Nos parece que a educação domiciliar, desde que devidamente regulamentada, seria uma boa opção para o Brasil. É claro que não achamos que deva ser uma regra, mas tão-só uma opção às famílias que assim desejam.

2.5.3) Argumentos contrários à educação domiciliar:

Os argumentos contrários à educação domiciliar são variados.

Em voto no RE 888.815, o Ministro Luiz Fux enunciou alguns argumentos: (i) a literalidade da Constituição e a capacidade institucional expressa no arcabouço normativo vigente; (ii) o princípio do melhor interesse da criança, a função socializadora da escola e o direito ao pertencimento (dimensão individual da educação); e (iii) o princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral e os deveres de tolerância e de inclusão (dimensão social e política da educação).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação estatui no artigo 6° que "é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade." Com o mesmo sentido dispõe o artigo 55 do ECA ao afirmar que "os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino."

Não se pode esquecer do crime de abandono intelectual tipificado no artigo 246 do CP: "Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar."

---

[213] MARTINS, Anísio Garcia. Op. cit. pág. 41.

2.5.4) Espécies de educação domiciliar:

É importante apresentar uma classificação do *homeschooling* para melhor entender em qual ponto a jurisprudência brasileira se fixou[214]:

a. ***unshooling* radical (desescolarização radical)**: parte-se da premissa de que a institucionalização da educação é prejudicial e somente aos pais é consagrado o direito de educar os filhos, sendo vedado ao Estado a instituição de escolas e currículos;

b. ***unschooling* moderado (desescolarização moderada)**: a institucionalização deve ser evitada, porém não se proíbe ao Poder Público oferecer educação escolar, cabendo aos pais a escolha. Caso escolham pela educação domiciliar, é assegurada liberdade de conteúdo e método, sem qualquer interferência estatal;

c. ***homeschooling* puro**: aceita um patamar mínimo e objetivo quanto à formação das crianças e jovens, mas entende que a educação é tarefa primordial da família e só subsidiariamente do Estado;

d. ***homeschooling* utilitarista ou por conveniência circunstancial**: é aquela que tem como razão hipóteses de *bullying*, drogas nas escolas, violência, questão religiosa, etc. Nesses casos os pais podem optar pelo ensino domiciliar, desde que sigam os mesmos conteúdos do ensino escolar público e privado, que permita a supervisão, fiscalização e avaliação periódicas pelo Poder Público.

2.5.5) Decisão do STF sobre educação domiciliar – tema 822:

A classificação exposta no item anterior tem como base o voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE 888.815. De acordo com o Ministro, o *homeschooling* utilitarista ou por conveniência circunstancial seria permitido no Brasil.

O relator do julgamento, Ministro Barroso, restou vencido ao entender que o ensino domiciliar seria prática viável no Brasil. Com isso, o redator do acórdão foi o Ministro Alexandre de Moraes, pois foi quem apresentou o primeiro voto divergente. A ementa foi confeccionada com base no voto do redator, nesses termos:

> CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os ti-

[214] Essa classificação toma por base o voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE 888.815.

> tulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade "utilitarista" ou "por conveniência circunstancial", desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): "Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira". (RE 888815, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2018)

Ocorre que, diferente do que a ementa sugere, a leitura do inteiro teor dos votos não permite inferir que o plenário admitiu o ensino domiciliar utilitarista ou por conveniência circunstancial. Muito embora os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber e Dias Toffoli tenham seguido expressamente o Ministro Alexandre de Moraes, em seus votos não foram abordadas as diversas formas de ensino domiciliar com a aceitação de uma delas.

Diga-se que o Ministro Luiz Fux foi contrário ao ensino domiciliar expondo inclusive que *"a inexistência de lei regulamentadora não revela qualquer anomia, ambiguidade normativa ou óbice para a constitucionalidade. Ao contrário, é irrelevante para o presente caso, já que, diante do texto constitucional vigente, qualquer norma eventualmente editada sobre homeschooling seria igualmente inconstitucional"*.

O que efetivamente restou incontroverso no caso concreto foi que os interessados não possuíam direito líquido e certo ao ensino domiciliar por ausência de previsão legal. Não foi viável declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de qualquer norma, já que não existe norma a respeito no Brasil. Se o Legislativo regulamentar o tema, o STF provavelmente se manifestará mais uma vez, caso instado a tanto.

Justamente por tais motivos, a tese 822 de Repercussão Geral assentou o seguinte:

"Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira".

Perceba-se que a tese não se manifesta pela constitucionalidade ou não dessa prática. Também não há menção aos diversos tipos de educação domiciliar conforme voto do Ministro Alexandre de Moraes. Apenas se decidiu que o aluno e sua família não possuem, por ora, esse direito, vez que inexistente regulamentação na legislação brasileira.

3 - Das providências para evitar a evasão escolar:

O Estatuto faz previsão de condutas que visam evitar a evasão escolar. Sem dúvida trata-se de um grande problema a ser enfrentado.

No artigo 54, § 3° o ECA repete o artigo 208, § 3° da CRFB e diz que compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola.

Com o mesmo objetivo, o artigo 56, II prevê que os dirigentes de estabelecimento de ensino fundamental têm o dever de comunicar ao Conselho Tutelar os casos de reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar.

Recebida a notícia da evasão escolar, o Conselho Tutelar pode aplicar a medida protetiva de matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental, conforme artigo 101, III e 136, I do Estatuto.

O artigo 57 do ECA também faz disposição de estímulo de pesquisas, experiências e novas propostas para inserir crianças e adolescentes que estejam excluídos do ensino fundamental obrigatório.

Se os pais não cumprem o dever de prover à instrução primária do filho, pode restar caracterizado o crime de abandono intelectual previsto no artigo 246 do CP.

4 - Obrigações dos dirigentes de estabelecimento de ensino fundamental:

O artigo 56 estipula obrigação aos dirigentes de estabelecimento de ensino fundamental de comunicar ao Conselho Tutelar os casos de maus tratos envolvendo seus alunos; reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares e de elevados níveis de repetência.

O que cabe analisar nesse tópico é a possibilidade de restar configurada a omissão imprópria para fins penais caso não haja a comunicação.

Diferente do que sustentamos no Capítulo 2, item 3 da parte II dessa obra, referente ao artigo 18 do ECA, no caso em análise entendemos que a omissão imprópria se caracteriza.

Com efeito, o artigo 13, § 2°, alínea "a" do CP impõe o dever de agir a quem "tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância".

Quando comentamos o artigo 18 chegamos à conclusão que não estaria configurada a omissão imprópria porque a o dever era genérico – imposto a toda sociedade. O mesmo não ocorre aqui em que o dever de comunicação ao Conselho Tutelar é imposto especificamente aos dirigentes de estabelecimento de ensino fundamental.

Assim, caso o dirigente não comunique ao Conselho Tutelar um caso de maus tratos, responderá pelo artigo 136 do CP e não por mera omissão de socorro (artigo 135 do Es-

tatuto Repressivo).

5 - Da cultura, esporte e lazer:

A cultura vem prevista no artigo 215 e seguintes da Constituição ao passo que o desporto tem previsão no artigo 217 da Carta Magna.

Já o ECA afirma que "os municípios, com apoio dos estados e da União, **estimularão** e **facilitarão** a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude."[215]

Como se vê, trata-se de disposição genérica e de difícil imposição judicial na prática, já que o "estímulo" e a "facilitação" são conceitos abertos e sujeitos a grande dose de discricionariedade do administrador.

CAPÍTULO 9 – DO DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO

1 - Introdução:

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina o trabalho nos artigos 60 à 69. Também há disciplina legal na CLT, especificamente nos artigos 402 à 441.

O objetivo de tais normas é evitar que a adolescência seja utilizada como uma forma de obter, por parte de empregadores, mão de obra mais barata e com vigor. Reconhece-se que o ideal é valorizar o estudo e outras aspectos inerentes à adolescência, deixando para momento posterior a efetiva entrada no mercado de trabalho.

2 - As idades e o trabalho:

Ponto que merece atenção diz respeito às idades dispostas em lei para o trabalho. O artigo 60 do ECA diz ser proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz. Esse dispositivo estava em conformidade com a redação original do artigo 7° XXXIII da CRFB.

Ocorre que a EC 20/98 alterou a redação do dispositivo constitucional para prever "a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

Portanto, quem ainda não completou quatorze anos não pode trabalhar nem mesmo na condição de aprendiz, de forma que entendemos pela revogação do artigo 60 do ECA. Na mesma linha, perde sentido o artigo 64 do Estatuto que diz ser assegurada bolsa aprendizagem ao adolescente até quatorze anos. Ora, se quem tem menos de 14 anos não pode trabalhar, por óbvio não receberá bolsa aprendizagem.

Lado outro, temos a possibilidade de trabalho como aprendiz para as pessoas na faixa etária entre 14 e 16 anos. De 16 anos a 18 anos é possível o trabalho desde que não seja noturno, perigoso ou insalubre – claro que nessa faixa etária também é viável o trabalho na condição de aprendiz. Assim, na faixa etária de 16 anos até um dia antes de

---

[215] Art. 59.

completar 18 anos, o trabalho não é vedado, mas é protegido.

IDADES PARA O TRABALHO	
Menos de 14 anos	**Trabalho vedado**
Entre 14 anos até completar 16 anos	**Permitido o trabalho na condição de aprendiz**
Entre 16 anos até completar 18 anos	**Permitido o trabalho na condição de aprendiz e também fora da condição de aprendiz. Nesse caso resta vedado o trabalho noturno, perigoso ou insalubre.**

3 - Peculiaridades do trabalho de quem ainda não completou 18 anos:

Como assentado acima, o trabalho da pessoa entre 14 anos até um dia antes de completar 16 anos só pode ser feito na condição de aprendiz. O artigo 62 do ECA diz que "considera-se aprendizagem a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor." Para chegar ao que se considera aprendizagem é preciso garantir frequência obrigatória no ensino regular, ter atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e respeitar horário especial para o exercício das atividades.[216]

O que se percebe é que o trabalho na condição de aprendiz tem como finalidade maior capacitar o adolescente e não ajudar no objetivo de lucro da empresa.

Passando a faixa etária em que a aprendizagem é a única forma aceita de profissionalização, chegamos ao trabalho protegido, destinado ao adolescente empregado. Nesse caso é inviável o trabalho realizado entre as vinte e duas horas de um dia e cinco horas do dia seguinte; perigoso, insalubre ou penoso; realizado em locais prejudiciais à formação e desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e, por fim, também é proibido o trabalho realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.[217]

Como consequência da última condicionante acima exposta, deve o empregador verificar o horário escolar do adolescente, bem como a distância entre o local de prestação de serviço e a escola.

O ECA prevê também o trabalho educativo em seu artigo 68. De acordo com Oris de Oliveira o trabalho educativo deve ser compreendido "não *[como]* uma atividade laborativa qualquer, mas a que se insere como integrante de projeto pedagógico que vise ao desenvolvimento pessoal e social do educando. Portanto o ritmo, o desenrolar das atividades, deverá ser ditado, sob pena de inversão de meios e fins, por um programa educacional preestabelecido."[218]

---

[216] Art. 63 do ECA.

[217] Art. 67.

[218] OLIVEIRA, Oris de. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 485.

Em tal trabalho as exigências pedagógicas prevalecem sobre o aspecto produtivo e a remuneração recebida não lhe desfigura o caráter educativo.[219]

Para finalizar esse tópico é necessário esclarecer que não está "abrangida pela proibição legal a participação dos filhos nos afazeres domésticos. Pelo contrário, faz parte de um processo educativo exigir que todos os filhos prestem sua colaboração, sobretudo na atual conjuntura, em que a mulher trabalha fora do lar, e sobre cujos ombros não podem recair os encargos de uma dupla jornada."[220] Corroborando essa posição, o Código Civil diz que cabe aos pais no exercício do poder familiar exigir que os filhos prestem obediência e executem "os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, IX)."

4 - Caráter protetivo das normas que regulam o trabalho dos que ainda não alcançaram 18 anos:

Importante deixar claro que os dispositivos do Estatuto existem para proteger o adolescente trabalhador. Assim, caso as normas sejam descumpridas, os adolescentes não poderão ser prejudicados e deverão ter os mesmos direitos que um adulto teria.

Nesse sentido, o STF julgou o RE 600.616 e concedeu o salário maternidade a adolescente que ainda não tinha alcançado a idade para trabalho. A ementa do acórdão é esclarecedora:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. ART. 7º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA PROTETIVA QUE NÃO PODE PRIVAR DIREITOS. PRECEDENTES. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 7º, XXXIII, da Constituição "não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos" (RE 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli). Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (RE 600616 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014).

Portanto, a nosso sentir, todos os direitos trabalhistas devem ser assegurados àqueles que não completaram a idade para o trabalho, mas mesmo assim tiveram seus direitos violados. Pensar de forma diferente levaria a uma dupla violação: 1- violação da proteção ao trabalho; 2- concessão de menos direitos que aqueles atribuídos aos adultos.

---

[219] Art. 68, § § 1° e 2°.

[220] OLIVEIRA, Oris de. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 449/450.

TÍTULO 3 – DA PREVENÇÃO

O Título III do ECA cuida da prevenção e se divide em dois capítulos: a) disposições gerais; b) da prevenção especial.

É claro que a lei prefere que nenhum dano seja causado à criança ou adolescente e por isso disciplinou medidas que entendeu importantes para tal fim.

Abaixo faremos considerações sobre o assunto.

CAPÍTULO 1 – DISPOSIÇÕES GERAIS

Muito do que consta no presente capítulo já foi abordado em outros trechos desse trabalho. O artigo 70 afirma que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Sobre tal dispositivo, remetemos ao Título 2, capítulo 2, item 3, em que deixamos assentado que essa obrigação não gera a condição de garantidor para fins penais (art. 13, § 2°, alínea "a" do CP).

Já o artigo 70-A foi acrescentado ao ECA pela Lei 13.010/14 – chamada Lei da Palmada ou Lei do Menino Bernardo. Também já abordamos o assunto nessa obra, especificamente no Título 2, Capítulo 2, item 5.2. Assim o fizemos para acompanhar a sequência lógica de normas do Estatuto. Por isso, remetemos o leitor a tal trecho da obra.

O artigo 70-B traz a obrigação de entidades públicas e privadas que atuam nas áreas dispostas no artigo 71 a terem em seus quadros pessoas capacitadas a reconhecer e comunicar ao Conselho Tutelar suspeitas ou casos de maus tratos praticados contra crianças e adolescentes.

A lei não indica o que se entende por "pessoa capacitada". Pensamos que o objetivo legal foi alertar os profissionais que lidam diretamente com crianças e adolescentes acerca da necessária atenção que devem ter com eventual prática de maus tratos.

Ademais, o artigo 70-B se refere às entidades "que atuem nas áreas a que se refere o artigo 71." Todavia, o artigo 71 é extremamente genérico ao dizer que "a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento." A prevalecer a literalidade legal, quase todas as entidades existentes deveriam "capacitar" para reconhecer casos ou suspeitas de maus tratos. Acresça-se que o artigo 70-B também usa a expressão genérica "dentre outras" para especificar as entidades que devem reconhecer suspeitas ou casos de maus tratos.

Em nossa posição, os artigos 70-B e 71 do Estatuto devem ser lidos em conjunto com o artigo 245 do mesmo diploma. O artigo 245 do ECA prevê sanção administrativa para o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche que não comunicar os casos envolvendo suspeita ou confirmação de maus tratos contra criança ou adolescente. Portanto, somente a essas entidades deve se exigir especial atenção para o reconhecimento da prática de maus tratos.[221]

---

[221] SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo:

O artigo 70-B, parágrafo único também atribui a necessidade de comunicação às pessoas encarregadas do cuidado, assistência ou guarda de crianças e adolescentes em razão do cargo, função, ofício, ministério, profissão ou ocupação.

O **cargo** é aquele exercido por funcionários públicos (Exemplo: a pedagoga concursada de um colégio público). Entendemos como **função** aquela exercida pelo funcionário não concursado, como no caso de quem pratica atos públicos na qualidade de terceirizado (Exemplo: a recepcionista de um colégio público que faz parte de uma empresa terceirizada). **Ofício** é a atividade remunerada e predominantemente manual (exemplo: o jardineiro de uma escola). **Ministério** diz respeito ao exercício de um culto religioso (exemplo: o pastor que concede apoio espiritual em uma entidade de atendimento). **Profissão** é remunerada e reclama conhecimentos restritos e especializados, com predominância do fator intelectual (exemplo: o advogado de uma entidade de atendimento). **Ocupação** deve ser compreendida como o serviço voluntário, sem receber qualquer tipo de contraprestação (exemplo: a pessoa que limpa um colégio por mero altruísmo).[222]

É claro que o ECA não esgota as obrigações referentes à prevenção. Por isso, o artigo 72 diz que é necessário observar a prevenção de acordo com os princípios adotados pelo Estatuto. Como exemplo temos o artigo 80 que veda a entrada de crianças e adolescentes em estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou *"congênere"*.

Sabe-se que ao estabelecer uma regra de conduta é necessário que se imponha sanções ao descumprimento, sob pena de estarmos diante de letra morta. Por isso o artigo 73 afirma que a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica. Como bem acentua Barros, "em caso de violação com desdobramentos penais (prática de crimes e infrações administrativas), compete ao Ministério Público a persecução e apuração das responsabilidades. Por outro lado, no que tange aos aspectos cíveis, referentes à violação de direitos difusos coletivos, sanáveis através de ações coletivas, quaisquer de seus legitimados pode atuar, dentre os quais temos o próprio Ministério Público e a Defensoria Pública (art. 5°, Lei 7.347/85)."[223]

CAPÍTULO 2 – DA PREVENÇÃO ESPECIAL – DA INFORMAÇÃO, CULTURA, LAZER, ESPORTES, DIVERSÕES E ESPETÁCULOS

1 - Da classificação indicativa:

Do artigo 74 ao 80 o ECA cuida da prevenção relacionada à informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos.

O artigo 74 cuida da regulação de diversões e espetáculos com informação da faixa etária a que não se recomendem. Esse dispositivo possui base constitucional no artigo 220, § 3°, I que diz competir à lei federal "regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza delas, as faixas etárias a que não se

Saraiva Educação, 2018, pág. 441.

[222] Alguns conceitos foram extraídos da obra do professor Cléber Masson. MASSON, Cléber. Direito penal – vol 1 – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2017, pág. 769.

[223] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 122.

recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada."

Importante consignar que não se trata de censurar o programa, mas tão só de apontar uma recomendação. Logo, a classificação só pode ser indicativa e não impositiva.

Quem faz essa classificação indicativa, cuja abreviatura é "Classind", é um órgão na estrutura do Executivo Federal. Como dito acima, esse órgão indica a faixa etária recomendada, bem como locais e horários.

Apesar da classificação ser indicativa – o que confere maior autonomia aos pais – os responsáveis pelas diversões e espetáculos possuem a obrigação de fixar em local visível e de fácil acesso a informação sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação (artigo 74, PU). O descumprimento dessa norma sujeita o infrator à sanção administrativa tipificada no artigo 252 do ECA.

Crianças e adolescentes possuem direito a acesso às diversões e espetáculos públicos, mas crianças com menos de dez anos só podem entrar ou permanecer nos locais de apresentação/exibição acompanhados dos pais ou responsável.[224] Descumprir essa regra leva à sanção administrativa contida no artigo 258 do ECA.

O artigo 76 do ECA afirma que as emissoras de rádio e televisão somente exibirão no horário recomendado para o público infantojuvenil programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Muito embora o texto legal pareça levar a uma obrigação às emissoras, deve ser feita uma leitura em conjunto com o artigo 221, I da CRFB, que traz como princípios da produção e programação das emissoras de rádio e televisão a "preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas." Assim, entendemos que não é viável impor previamente um horário para exibição do programa.

Justamente nesse sentido, o STF, na ADI 2404 declarou inconstitucional o trecho do artigo 254 do ECA, que cuida da infração administrativa pelo desrespeito ao artigo 76 do Estatuto, que menciona o "horário diverso do autorizado."

Logo, classificar o programa é necessário, mas limitar as emissoras de rádio e televisão ao horário previamente estipulado por órgão governamental fere a Constituição.

Vejamos interessante trecho do acórdão:

> *Permanece o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, regra essa prevista no parágrafo único do art. 76 do ECA, sendo seu descumprimento tipificado como infração administrativa pelo art. 254, ora questionado (não sendo essa parte objeto de impugnação). Essa, sim, é uma importante área de atuação do Estado. É importante que se faça, portanto, um apelo aos órgãos competentes para que reforcem a necessidade de exibição destacada da informação sobre a faixa etária especificada, no início e durante a exibição da programação, e em intervalos de tempo não muito distantes (a cada quinze minutos, por exemplo), inclusive, quanto às chamadas da programação, de forma que as crianças e os adolescentes não sejam estimulados a assistir programas inadequados para sua faixa etária. Deve o Estado, ainda, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas*

[224] Art. 75.

educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infanto-juvenil. 4. Sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou eventuais danos à integridade das crianças e dos adolescentes, levando-se em conta, inclusive, a recomendação do Ministério da Justiça quanto aos horários em que a referida programação se mostre inadequada. Afinal, a Constituição Federal também atribuiu à lei federal a competência para "estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221" (art. 220, § 3º, II, CF/88). 5. Ação direta julgada procedente, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão "em horário diverso do autorizado" contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90.

Nesse raciocínio, vemos que os programas devem conter a classificação indicativa e conferir aos pais a responsabilidade de fiscalizar o que seus filhos assistem. É absurdo pensar que o Estado vai definir o programa a ser exposto a crianças e adolescentes.

Ainda no tema, a autonomia da família se mostrou maior com a edição da Lei 10.359/01 ao determinar que "*os aparelhos de televisão produzidos no território nacional deverão dispor, obrigatoriamente, de dispositivo eletrônico que permita ao usuário bloquear a recepção de programas transmitidos pelas emissoras, concessionárias e permissionárias de serviços de televisão, inclusive por assinatura e a cabo* (art. 1° da lei)".

2 - Das "fitas", revistas e publicações:

Nos artigos 77, 78 e 79 o ECA cuida de restrições às "fitas" de vídeo, revistas e publicações que são postos à venda ou são passíveis de aluguel.

O leitor mais moderno talvez não saiba o que é uma "fita" de vídeo, mas equivale ao atual DVD. Diga-se que a norma deve ser interpretada com base nos tempos atuais. Não se utilizam mais "fitas" de vídeo, mas a obrigação disposta em lei se aplica aos DVDs e congêneres.

É aplicável também a "locadoras virtuais", ou seja, aquela disposta na internet em que o assinante tem acesso a diversos filmes. O exemplo mais atual é o "Netflix".

Já o artigo 78 trata das revistas e publicações com material impróprio. Eles deverão ser comercializados em embalagem lacrada e as editoras cuidarão para que mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas por material opaco.

Mais uma vez a lei se mostra desatualizada aos dias de hoje. Com a ascensão da internet o material pornográfico passou a constar em sites e não pelas antigas revistas. Exemplo antigo de revista com material impróprio a crianças e adolescentes: "playboy".

As revistas destinadas ao público infantojuvenil também não podem conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, conforme artigo 79 do ECA. O mesmo dispositivo enuncia que esse material "deverá respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família." Trata-se de regra extremamente ampla e que precisa ser aplicada com cautela, já que o conceito de família mudou ao longo do tempo e não pode ser encarado como uma limitação da pluralidade familiar atualmente existente.

Em caso de descumprimento dos artigos 78 e 79, incide a infração administrativa contida no artigo 257 do ECA.

3 - Estabelecimentos impróprios:

Encerrando o capítulo, o ECA dispõe no artigo 80 que crianças e adolescentes não poderão entrar ou permanecer em estabelecimentos que explorem bilhar, sinuca ou congênere, além de casas de apostas.

É preciso compreender o intuito da norma: não há qualquer relação entre o jogo de sinuca e um desenvolvimento negativo de crianças e adolescentes. O que se reconhece é que tais locais, em regra, são associados à boemia e vida desregrada, normalmente com o uso de álcool e tabaco.

Portanto, o que se quer evitar é o contato de crianças e adolescentes com o estilo de vida que normalmente se pratica em locais de jogos. Não há, propriamente, problema em uma criança jogar sinuca.

4 - Quadro das condutas com as respectivas sanções administrativas:

O capítulo que estamos a tratar no ECA estipula obrigações. As sanções para o descumprimento estão dispostas a partir do artigo 253 do Estatuto. Faremos um quadro para facilitar a assimilação de conteúdo.

CONDUTA	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA
Artigo 74	**Artigo 253**
Artigo 74, parágrafo único	**Artigo 252**
Artigo 75	**Artigo 258**
Artigo 76	**Artigo 254 (atenção com a ADI 2.404 – STF)**
Artigo 77	**Artigo 256**
Artigos 78 e 79	**Artigo 257**
Artigo 80	**Artigo 258**

CAPÍTULO 3 – DA PREVENÇÃO ESPECIAL – DOS PRODUTOS E SERVIÇOS

1 - Caráter exemplificativo do artigo 81 do ECA:

O artigo 81 do ECA disciplina a proibição para venda de certos produtos à criança ou adolescente.

Todavia, nada impede que outras leis criem proibições para vendas a crianças e adolescentes. Não necessariamente isso será disciplinado no artigo 81 do ECA, apesar da boa técnica recomendar tal postura.

Como exemplo, temos a Lei 12.921/13 que proíbe "a fabricação, a importação, a comercialização, a distribuição e a propaganda, em todo o território nacional, de produtos

de qualquer natureza, bem como embalagens, destinados ao público infantojuvenil, reproduzindo a forma de cigarros ou similares".

Por incrível que pareça, em passado não muito distante, um dos produtos mais consumidos por crianças eram "cigarros de chocolate".

Portanto, o rol de proibições do artigo 81 do ECA não pode ser considerado taxativo.

2 - Análise de cada caso:

O inciso I se refere a armas, munições e explosivos. A violação a esse dispositivo acarreta a tipificação do crime contido no artigo 242 do Estatuto, desde que se trate de arma branca. Deveras, o artigo 81, I não apresenta limitação a arma de fogo, tendo mencionado somente a expressão "arma". Logo, se houver venda de arma branca está configurado o tipo do artigo 242 do ECA. Se a venda for de arma de fogo, munição ou explosivo, o tipo penal a incidir é artigo 16, PU, V da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento. Esse dispositivo, portanto, derrogou o artigo 242 do ECA.

O inciso II cuida da proibição de venda de bebidas alcoólicas. O descumprimento do dispositivo enseja a infração administrativa do artigo 258-C do ECA e o crime tipificado no artigo 242 do Estatuto.

O inciso II poderia estar incluído no inciso III que trata da venda de produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida. Ora, o álcool é um exemplo de produto que pode causar dependência física ou psíquica.

Da mesma forma exposta para o inciso II, o descumprimento do inciso III acarreta no crime previsto no artigo 243 do ECA.

O inciso IV trata da venda de fogos de estampido e de artifício. A proibição não engloba àqueles de reduzido potencial, tais como "estalinhos" ou "bombinhas", muito comuns em festas juninas e julinas.

Descumprir o inciso IV acarreta na prática do crime previsto no artigo 244 do ECA.

O inciso V proíbe a venda de revistas e publicações com material impróprio, conforme artigo 78. Já o inciso VI proíbe a venda de bilhetes lotéricos ou equivalentes. Como "equivalentes" podemos indicar todo e qualquer jogo de azar.

3 - Hospedagem de crianças e adolescentes:

O artigo 82 do ECA proíbe a hospedagem de criança ou adolescente em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável.

O objetivo da norma foi evitar a prostituição infantil.

O dispositivo traz duas indagações importantes. A primeira é sobre a necessidade de autorização por escrito dos pais ou responsável.

O artigo 82 do Estatuto não exige que a autorização seja por escrito. Contudo, o artigo 250 do ECA prevê a sanção administrativa correspondente e diz "hospedar criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsável, ou **sem autorização escrita desses** ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congênere."

Logo, para manter a harmonia legal, devemos interpretar o artigo 82 do ECA como exigindo autorização escrita.

A segunda indagação diz respeito à necessidade da presença de ambos os pais. A dúvida surge porque a lei está escrita no plural: "autorizado ou acompanhado **pelos pais**..."

Não obstante a literalidade legal, entendemos que basta estar na companhia de um pai. Quando o ECA quis exigir a presença dos dois pais, o fez de forma expressa, como se verifica no artigo 84, I que trata de viagem internacional e dispensa autorização judicial se a criança ou adolescente estiver acompanhado "**de ambos os pais**."

Além disso, o artigo 21 do ECA afirma que o poder familiar é exercido em igualdade de condições pelo pai e mãe. Não podemos presumir que um dos genitores esteja de má-fé.

A corroborar essa posição está o entendimento do CNJ que na recomendação 13 de 2013 disciplinou procedimentos das Varas de Infância relacionados à circulação de crianças e adolescentes nas comarcas-sede de jogos da Copa do Mundo de 2014 que se realizou no Brasil.

Vejamos o artigo 1° da recomendação: "A hospedagem de menores de 18 anos em hotéis ou estabelecimentos congêneres, **sem a presença de ao menos um dos pais** ou do responsável legal, somente poderá ser feita se acompanhados por pessoa maior de 18 anos que porte" (...)

Em conclusão: muito embora o artigo 82 use o plural, exige-se apenas que a criança ou adolescente esteja acompanhado por um dos pais.

CAPÍTULO 4 – DA PREVENÇÃO ESPECIAL – DA AUTORIZAÇÃO PARA VIAJAR

1 - Introdução, lei 13.445/17 e Resolução 131 do CNJ:

Os artigos 83 a 85 do Estatuto visam conferir especial proteção a crianças e adolescentes em viagens nacionais e internacionais. Embora o artigo 16 do ECA discipline o direito à liberdade, fato é que esse direito não é absoluto e precisa ser regulamentado. O descumprimento às normas da autorização para viajar gera a infração administrativa contida no artigo 251.

O ECA cuida de autorização para sair da comarca ou do Brasil. Contudo, o Estatuto não cuida da hipótese em que uma criança ou adolescente chega ao Brasil sem a observância das regras legais.

Nesse caso, temos a Lei 13.445/17 – lei da migração – que, no artigo 40, inciso V diz que "poderá ser autorizada a admissão excepcional no País de pessoa que se encontre em uma das seguintes condições, desde que esteja de posse de documento de viagem válido: (...) V - seja criança ou adolescente desacompanhado de responsável legal e sem autorização expressa para viajar desacompanhado, independentemente do documento de viagem que portar, hipótese em que haverá imediato encaminhamento ao Conselho Tutelar ou, em caso de necessidade, a instituição indicada pela autoridade competente."

Logo, se uma criança ou adolescente ingressa no Brasil irregularmente, não deverá

haver a devolução, mas sim o encaminhamento ao Conselho Tutelar ou instituição indicada pela autoridade competente.

Por fim, merece destaque também a Resolução 131 de 2011 do CNJ que esmiúça o procedimento para viagens de crianças e adolescentes.

2 - Viagens nacionais:

Com redação dada pela Lei 13.812 de 2019[225], o artigo 83 _caput_ do ECA estipula que "nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial."

Na redação original, o artigo 83 cuidava apenas da locomoção de crianças dentro do território nacional, ao passo que o artigo 84 tratava de viagens internacionais de crianças e adolescentes. Em outras palavras, antes da alteração promovida pela Lei 13.812/19 todos os adolescentes poderiam viajar livremente pelo Brasil.

A lei criou uma nova categoria e impôs restrição aos adolescentes menores de 16 anos, dando o mesmo tratamento que antes era conferido somente às crianças.

Assim, para todos que sejam menores de 16 anos (o que obviamente engloba as crianças) é necessária autorização judicial para viagem para fora da comarca onde residem desacompanhado dos pais ou responsável.

O § 1° prevê exceções a essa regra: a) se for comarca contígua na mesma unidade da federação ou incluída na mesma região metropolitana; b) se estiverem acompanhados de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, com prova documental do parentesco ou de pessoa maior expressamente autorizado pelo pai, mãe ou responsável.

A fim de facilitar o trânsito de menores de 16 anos no território nacional, o artigo 83, § 2° estipula a possibilidade de, a pedido dos pais ou responsável, a autoridade judiciária conceder autorização válida por dois anos.

3 - Viagens internacionais:

O artigo 84 do ECA disciplina a viagem internacional de crianças e adolescentes.

Mais uma vez se exige autorização judicial, salvo se a criança ou adolescente, a) estiver acompanhado de ambos os pais; b) viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.

Necessário observar que o artigo 1.634, IV do Código Civil trata do poder familiar e confere a incumbência aos pais de "conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viagem ao exterior."

A autorização mencionada no artigo 84, II do ECA deve se dar mediante documento com firma reconhecida. Todavia, de acordo com o artigo 3°, VI da Lei 13.726/18 é dispensada "apresentação de autorização com firma reconhecida para viagem de menor se os pais estiverem presentes no embarque." **<u>Atenção</u>**: a autorização escrita continua sendo

---

[225] Esta lei instituiu a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas e criou o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas.

necessária; flexibilizou-se apenas a **autorização com firma reconhecida** e **desde que os pais estejam presentes no embarque**.

O artigo 85 veda a saída de criança ou adolescente nascido em território nacional em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior, salvo prévia e expressa autorização judicial.

Sobre o assunto, a Resolução 131 de 2011 do CNJ, no artigo 3°, parágrafo único, diz que essa regra não se aplica: **a)** se o estrangeiro for genitor da criança ou adolescente e, **b)** se a criança ou adolescente, nascido no Brasil, não tiver nacionalidade brasileira.

4 - Autorização e suspensão/destituição do poder familiar:

Não faria nenhum sentido exigir autorização de genitores suspensos ou destituídos do poder familiar. Com efeito, se estão nessa condição é porque demonstraram não serem aptos a cuidar da criança ou adolescente.

Justamente por isso, a Resolução 131 do CNJ, no artigo 6°, esclarece que "não é exigível a autorização de genitores suspensos ou destituídos do poder familiar, devendo o interessado comprovar a circunstância por meio de certidão de nascimento da criança ou adolescente, devidamente averbada."

5 - Competência:

A competência para apreciar o pedido de autorização de viagem "será do juízo de família ou da infância e da juventude, conforme estabelece o preceito contido no parágrafo único, alínea *d* , do art. 148 do ECA."[226]

É de se dizer, a competência da Vara de Infância só se faz presente quando a criança ou adolescente estiver em uma das hipóteses do artigo 98 do ECA – situação de risco. Ausente a situação de risco, não haverá competência da Vara de Infância.

Apesar da regra, o STJ enfrentou caso em que estrangeira casada com brasileiro e tendo com ele filhos era vítima de violência doméstica. Assim, queria voltar a seu país de origem junto com os filhos, mas o pai negava a autorização. Nessa hipótese, considerando que a viagem tinha motivo na violência doméstica e que havia medidas protetivas em vigor, a Corte entendeu que a competência seria da Vara de Violência Doméstica, que possui competência cumulativa/híbrida (civil e criminal), conforme artigo 14 da Lei 111.340/06.

Confira-se:

> RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SUPRIMENTO JUDICIAL DE AUTORIZAÇÃO PATERNA PARA QUE A MÃE POSSA RETORNAR AO SEU PAÍS DE ORIGEM (BOLÍVIA) COM O SEU FILHO, REALIZADO NO BOJO DE MEDIDA PROTETIVA PREVISTA NA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). 1. COMPETÊNCIA HÍBRIDA E CUMULATIVA (CRIMINAL E CIVIL) DO JUIZADO ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

---

[226] SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 471.

E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AÇÃO CIVIL ADVINDA DO CONSTRANGIMENTO FÍSICO E MORAL SUPORTADO PELA MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR E DOMÉSTICO. 2. DISCUSSÃO QUANTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. CAUSA DE PEDIR FUNDADA, NO CASO, DIRETAMENTE, NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOFRIDA PELA GENITORA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (...)

1. O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preconiza a competência cumulativa (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar. 1.1 A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

1.2. Para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, assim, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas.

2. Em atenção à funcionalidade do sistema jurisdicional, a lei tem por propósito centralizar no Juízo Especializado de Violência Doméstica Contra a Mulher todas as ações criminais e civis que tenham por fundamento a violência doméstica contra a mulher, a fim de lhe conferir as melhores condições cognitivas para deliberar sobre todas as situações jurídicas daí decorrentes, inclusive, eventualmente, a dos filhos menores do casal, com esteio, nesse caso, nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e demais regras protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1. (...) Eventual exposição da criança à situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe é circunstância de suma importância que deve, necessariamente, ser levada em consideração para nortear as decisões que digam respeito aos interesses desse infante. No contexto de violência doméstica contra a mulher, é o juízo da correlata Vara Especializada que detém, inarredavelmente, os melhores subsídios cognitivos para preservar e garantir os prevalentes interesses da criança, em meio à relação conflituosa de seus pais.

3. Na espécie, a pretensão da genitora de retornar ao seu país de origem, com

> o filho que pressupõe suprimento judicial da autorização paterna e a concessão de guarda unilateral à genitora, segundo o Juízo *a quo* deu-se em plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida. (REsp 1550166/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA)

Ressalte-se que a decisão do STJ enfrentou caso excepcional. Em regra, a competência para suprir autorização de viagem negado por pai ou mãe é da Vara de Família ou Vara de Infância a depender da existência da situação de risco.

COMPETÊNCIA PARA SUPRIMENTO DE VONTADE DE AUTORIZAÇÃO DE VIAGEM	
Ausente situação de risco	**Vara de Família**
Presente situação de risco (art. 98 do ECA)	**Vara da Infância e Juventude (artigo 148, parágrafo único, *d* do ECA**
Pedido tendo como base o contexto de violência doméstica contra a mulher	**Vara de Violência Doméstica (REsp 1550166 – STJ)**

PARTE ESPECIAL

TÍTULO 1 – DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO

Iniciando a chamada "Parte Especial" do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069/90 disciplina a política de atendimento.

O atendimento não se limita à área "protetiva" (também conhecida como parte cível do Estatuto) que trata do acolhimento institucional, familiar, orientação sociofamiliar, etc. A área "infracional" também possui entidades de atendimento. Essas são chamadas de entidades de atendimento socioeducativo – estão regulamentadas no Estatuto, mas encontram mais detalhes na lei do SINASE (Lei 12.594/12).

Portanto, por política de atendimento "entende-se o conjunto de ações e programas que, sob a condição de garantir a dignidade da pessoa humana, promovem o bem-estar coletivo e atendem a demandas específicas, administrando os recursos disponíveis e buscando outros que possam auxiliar na busca constante da projeção dos direitos fundamentais."[227]

CAPÍTULO 1 – DISPOSIÇÕES GERAIS

O artigo 87 do ECA traz as linhas de ação da política de atendimento, ao passo que o artigo 88 expõe as diretrizes da política de atendimento.

De acordo com doutrina abalizada, "as linhas de ação da política de atendimento podem ser definidas como as ações indicadas pelo legislador como imprescindíveis, como o mínimo necessário para a construção e o desenvolvimento da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente." Por outro lado, as diretrizes "podem ser definidas como as diretivas ou conjunto de instruções que devem ser seguidos na elaboração e na implementação da política de atendimento."[228]

1 - Linhas de ação:

As linhas de ação estão enumeradas no artigo 87 do ECA.

Destacam-se no rol, as políticas sociais básicas que visam garantir o direito ao mínimo existencial. O Estatuto cuida apenas de crianças e adolescentes, mas quando tratamos de políticas sociais básicas devemos entender que os destinatários são todas as pessoas que necessitem viver com um mínimo de dignidade. Trata-se de uma compensação pela extrema desigualdade social brasileira com a busca de alguma equalização.

É também linha de ação os serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social, bem como serviços de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão. Essa linha está no inciso III do artigo 87 e cuida da prevenção – que pode ser obtida com a

---

[227] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 290.

[228] TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 492 e 497.

conscientização social e educação em direitos – como também do tratamento após a agressão. Nesse caso, a atuação será reativa e terá o objetivo de minimizar os danos sofridos pela parte lesada.

Outra linha de ação é o serviço o serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos. A Lei 12.127/09 criou o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos. Atualmente, a Lei 13.812/19 estabeleceu em seu artigo 16 que "o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos, criado pela Lei nº 12.127, de 17 de dezembro de 2009 , fará parte do Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas."

O inciso V estabelece como linha de ação a proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. Essas entidades podem ser privadas, como uma associação que tem como objetivo a proteção infantojuvenil. Pode também ser pública, como é o caso da Defensoria que possui entre suas funções institucionais a defesa da criança e adolescente (artigo 4°, XI da LC 80/94).

Por fim, os incisos VI e VII tratam das crianças e adolescentes afastadas do convívio familiar. Esse afastamento deve ser o mais breve possível e isso está em consonância com a prevalência da família natural (artigo 19 do ECA). Já o inciso VII prevê estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio, notadamente inter-racial, crianças maiores ou crianças e adolescentes com necessidades específicas de saúde. Tal dispositivo busca evitar ao máximo o acolhimento institucional, que é medida excepcional. O Estatuto faz menção às crianças e adolescentes com menor adesão nos cadastros de adoção, se referindo até à "crianças maiores". Por esse termo, devemos entender a criança que saiu da faixa etária mais desejada pelos adotantes.

2 - Diretrizes da política de atendimento:

Para estudar melhor as diretrizes da política de atendimento devemos dividi-las em tópicos: a) municipalização; b) Conselhos; c) Fundos; d) Integração; e) Outras diretrizes. Vamos a elas.

2.1) Municipalização:

A diretriz da municipalização tem como fundamento a necessidade de que o ente local, mais próximo dos fatos e dos problemas sociais, seja o responsável pelo atendimento.

Na esfera socioeducativa, o artigo 5° da Lei do SINASE traz as competências municipais, dentre as quais se destaca a criação e manutenção de programas de atendimento para a execução das medidas de meio aberto (liberdade assistida, por exemplo).

Por fim, conforme anota a doutrina, "a despeito da regra geral da municipalização do atendimento, é certo que Estado e União são solidários ao Município na tutela e resguardo dos direitos infantojuvenis."[229] A base desse entendimento está no artigo 100, parágrafo único, inciso III do ECA que prevê o princípio da responsabilidade primária e solidária do Poder Público, o que engloba as três esferas de governo.

---

[229] AMIN, Andréa Rodrigues. Op. cit. pág. 80.

2.2) Conselhos:

Os Conselhos de Direitos possuem base constitucional. Com efeito, o artigo 227, § 7° da CRFB manda aplicar ao atendimento da criança e adolescente o disposto no artigo 204. Por sua vez, o artigo 204, inciso II se refere à "participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis."

Assim, "os conselhos dos direitos materializam o já citado comando constitucional de participação popular na definição e no controle das políticas públicas, sendo instrumentos, por excelência, de exercício da democracia participativa em matéria infantojuvenil. É por intermédio dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente que a sociedade participa, em parceria com o Poder Público, da gestão da política de atendimento, deliberando políticas de proteção especial e controlando as suas diversas ações."[230]

O artigo 88, II do ECA estabelece que a criação dos conselhos, nas três esferas de poder, é uma diretriz da política de atendimento. Trata-se de órgão deliberativo e controlador das ações relacionadas aos direitos das crianças e adolescentes.

Deliberar é decidir. Não se trata de mera opinião.

A questão que se coloca é: as deliberações dos Conselhos de Direitos vinculam os respectivos entes?

Com base na doutrina abalizada de Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino, "este é um aspecto *sui generis* dos Conselhos dos Direitos: embora órgãos descentralizados, suas deliberações não são vontades distintas da pessoa jurídica de direito público (Estado, União, Município), mas expressão própria do Estado, o que não ocorre com as descentralizações clássicas, como as autarquias." Continuam os autores explicando que "o governo tem assento no Conselho em número igual ao dos representantes da sociedade civil. A eles (representação governamental e da sociedade civil) competirá formular as políticas de assistência. Haverá a busca pela predominância (e não dominação) de uma das posições, quando divergentes. Todavia, a partir do momento em que as questões forem postas para deliberação, uma vez votadas, não existirá mais 'proposta da sociedade civil' ou 'proposta do governo', mas *deliberação, decisão, vontade do órgão especial,* que, por sua composição (governo + sociedade civil), representa, na concepção gramsciniana, o próprio Estado."

Nessa senda, concluem os autores que "não se pode dividir ou seccionar as deliberações dos Conselhos, de forma a permitir que o Estado escolha o que quer cumprir ou excluir de sua responsabilidade: a deliberação é *una e indivisível* – portanto, manifestação legítima do Estado."[231]

Trocando em miúdos: as decisões dos Conselhos são decisões do próprio ente político. Assim, são de cumprimento obrigatório pelo ente; inviável argumentar que a decisão atendeu aos interesses dos membros que representam a sociedade civil e por isso não vinculariam o Executivo.

---

[230] TAVARES, Patrícia Silveira. Op. cit. pág. 500.

[231] LIBERATI, Wilson Donizeti. CYRINO, Públio Caio Bessa. Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 97.

De forma primorosa, Liberati e Cyrino arrematam a natureza jurídica dos Conselhos como "a) *órgão especial* – devido à sua estrutura e funcionamento específicos; b) *órgão autônomo e independente* – não estão subordinados hierarquicamente ao governo; c) *Administração descentralizada* – com capacidade pública para decidir as questões que lhes são afetas, com a peculiaridade de que suas deliberações se tornam *vontade estatal*, e não vontade do órgão, sujeitando o próprio Estado ao seu cumprimento."[232]

2.3) Fundos:

O artigo 88, IV do ECA estabelece como diretriz da política de atendimento a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente.

A criação de um fundo específico se justifica em razão do princípio da prioridade absoluta. De acordo com o artigo 4°, parágrafo único, alínea "d" do ECA deve existir destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude. Os fundos são exemplo disso.

Existem formas de captar verba para os Fundos da Infância e Adolescência. As multas previstas nos artigo 214 e 154 do ECA são exemplos. Na mesma linha, a destinação direta no imposto de renda (artigo 260 do ECA) – impropriamente chamada de "doação".

Ademais, não há empecilho a que os valores dos fundos sejam obtidos também do próprio orçamento público.

O fundo é vinculado ao respectivo conselho de direitos. Assim, há um fundo nacional, vinculado ao Conselho Nacional (CONANDA); um fundo estadual (vinculado ao CEDCA) e um fundo municipal vinculado ao CMDCA.[233]

É importante ressalvar que a "imputação aos Conselhos dos Direitos da responsabilidade de gerir os Fundos, no entanto, não significa que a tais órgãos deva ser atribuída a função de administrá-los, embora seja isso o mais recomendado. Nada impede que a administração dos Fundos, especialmente na área contábil, fique a cargo de outro órgão integrante da Administração Pública, como, por exemplo, as Secretarias de Fazenda ou de Promoção Social."[234]

A destinação desses valores deve ser em área voltada à proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes. Os parágrafos 1° e 2° do artigo 260 do ECA estabelecem um caminho para aplicação das verbas dos fundos: a) considerar o plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária e as do plano nacional pela primeira infância; b) aplicação de percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de crianças e adolescentes e para programas de atenção integral à primeira infância em áreas de maior carência socioeconômica e em situações de calamidade.

Não obstante a lei ter estabelecido critérios para aplicação dos recursos, entendemos

---

[232] LIBERATI, Wilson Donizeti. CYRINO, Públio Caio Bessa. Op cit. pág. 96/97.

[233] Conselho Estadual dos Direitos da Criança e Adolescente e Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, respectivamente.

[234] TAVARES, Patrícia Silveira. Op. cit. pág. 509.

que a maior parte da verba será empregada considerando critérios discricionários dos Conselhos de Direitos que, como já dito no item é "2.2", representam a vontade estatal e não de um órgão subordinado.

Interessante ressalva é feita por Patrícia Tavares para quem "não se permite, no entanto, em razão da natureza transitória das receitas que integram os Fundos, a destinação de seus recursos financeiros para atividades de caráter permanente, ainda que relacionadas com a matéria infantojuvenil, como, por exemplo, gastos com a manutenção da estrutura dos Conselhos de Direitos ou Tutelares, ou, ainda, o pagamento da remuneração destes últimos."[235]

Por fim, é essencial mencionarmos que somos contrários à prática conhecida como "doação casada". Tal expediente é enfrentado com vigor pelo Ministério Público em diversos Estados. A "doação casada" consiste na possibilidade do "doador" estipular um ou alguns projetos que seriam beneficiados com as verbas de sua "doação".

De plano, explica-se a razão de usar aspas quando nos referimos à doação. Na verdade, as "doações" ao FIA (fundo da infância e adolescência) não são doações. De acordo com o artigo 260 do ECA, "os contribuintes poderão efetuar doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, distrital, estaduais ou municipais, devidamente comprovadas, **sendo essas integralmente deduzidas do imposto de renda**(...)" Ora, se existe a dedução no imposto de renda, não se trata de pura liberalidade, mas simplesmente de uma destinação específica de verba escolhida pelo contribuinte. É de se dizer: se esse valor não fosse ao FIA iria integrar o erário sem vinculação a qualquer fundo ou órgão.

Dessa forma, se estamos tratando de dinheiro público, cabe somente ao administrador público optar pela melhor maneira de uso.

No caso dos valores de fundos da infância, somente os respectivos Conselhos de Direitos definirão a forma de utilizar.

2.4) Integração:

Os incisos V e VI do artigo 88 tratam da integração de diversos órgãos em um mesmo local para atendimento.

Normalmente, tais locais são conhecidos como Núcleos de Atendimento Integrados – NAI.

Esse atendimento rápido e integrado engloba tanto o adolescente a quem se atribua ato infracional como também aquele que foi inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional (inciso V e VI, respectivamente).

2.5) Outras diretrizes:

Outras diretrizes também foram previstas no artigo 88, como é o caso da criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa (inciso III); a mobilização da opinião pública que, como sabemos, é o grande motor das políticas públicas (inciso VII); formação e especialização de profissionais que

---

235 TAVARES, Patrícia Silveira. Op. cit. pág. 516.

trabalhem junto à primeira infância, bem como formação intersetorial dos profissionais. Esses são os incisos VIII e IX, incluídos pela lei da primeira infância.

Por fim, como uma maneira de trazer dados concretos sobre o desenvolvimento infantil, é diretriz da política de atendimento a realização e divulgação de pesquisas sobre o assunto, incluindo a prevenção da violência (esse inciso também foi acrescentado pela lei da primeira infância).

CAPÍTULO 2 – DAS ENTIDADES DE ATENDIMENTO – DISPOSIÇÕES GERAIS

1 - Conceito:

O conceito de entidade de atendimento está previsto na lei do SINASE, artigo 1°, § 5°, nos seguintes termos: "entendem-se por entidade de atendimento a pessoa jurídica de direito público ou privado que instala e mantém a unidade e os recursos humanos e materiais necessários ao desenvolvimento de programas de atendimento."

Necessário enfatizar que o ECA, no artigo 90, § 1° e a lei do SINASE, no dispositivo acima transcrito, deixam claro que as entidades de atendimento – inclusive as de atendimento socioeducativo – podem ser não governamentais. Em outras palavras: as entidades de atendimento não são um monopólio estatal.

2 - Modalidades de programas de atendimento:

As entidades de atendimento conceituadas no item anterior, oferecem programas de atendimento. A lei do SINASE[236] conceitua o programa de atendimento como "a organização e o funcionamento, por unidade, das condições necessárias para o cumprimento das medidas socioeducativas" e de proteção. É claro que a lei do SINASE se restringe à execução de medidas socioeducativas e por isso definiu o programa de atendimento de medidas socioeducativas. Todavia, há programas de atendimento de medidas socioeducativas e também de medidas protetivas, razão pela qual fizemos o acréscimo do "e de proteção" ao conceito legal.

Basicamente, o programa de atendimento é a atividade desenvolvida pela entidade para que cumpra as finalidades expostas em lei. Tais finalidades variam muito. Por exemplo: uma entidade que desenvolva programa de acolhimento institucional se esforçará para fazer a criança ou adolescente retornar à sua família natural ou, não sendo possível, obter uma família substituta. Por outro lado, uma entidade que desenvolva programa de internação se esforçará para socioeducar o adolescente, seja por meio de oferecimento de ensino regular, seja buscando reativar vínculos familiares ou mesmo tentando conscientizar o adolescente da gravidade do ato infracional praticado.

O artigo 90 do ECA trata dos programas "de proteção e socioeducativos". Por programas de proteção devemos entender aqueles relacionados à área protetiva (parte cível) do Estatuto, ao passo que os programas socioeducativos são relacionadas à área infracional do Estatuto.

Nessa linha, quem cometeu ato infracional se sujeita a algum programa socioedu-

---

[236] artigo 1°, § 3° – Lei 12.594/12.

cativo e também a programa de proteção (é viável aplicar medida protetiva por força da prática de ato infracional – artigo 112, VII), mas se não houve o cometimento de ato infracional, o programa necessariamente será de proteção.

3 - Inscrição do programa e registro das entidades:

Como mais uma demonstração da importância dos Conselhos de Direitos no âmbito do estudo infantojuvenil, o ECA cuida da inscrição do programa de atendimento e registro das entidades.

Aqui existe um detalhe importante que se chega pelo cotejo entre o artigo 90, § 1° e artigo 91, caput, ambos do ECA.

O artigo 90, § 1° diz que as entidades governamentais e não governamentais deverão proceder à inscrição de seus programas. Já o artigo 91 esclarece que as entidades não governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal.

Para Rossato, Lépore e Sanches, "todas as entidades de atendimento deverão ser registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (...) Ocorre que as entidades de atendimento não governamentais somente poderão funcionar após terem providenciado o seu registro junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, ao passo que as entidades governamentais podem providenciar esse registro *a posteriori*."[237]

Por outro lado, Fabiana Zapata, Flávio Frasseto e Marcos Gomes se manifestam da seguinte forma: "**Não confundir inscrição dos programas com registro das entidades de atendimento *não governamentais***. Ambos são deferidos pelo Conselho de Direitos. A entidade, pessoa jurídica, se quer desenvolver programas de proteção ou socioeducativos, deve obter seu registro no Conselho. O registro é concedido por no máximo quatro anos. **O registro só é necessário para entidades *não governamentais***. De outro lado, todos os programas, mesmo aqueles executados por entidades governamentais devem ser inscritos no Conselho. Os critérios para se deferir o registro de entidade são distintos daqueles necessários à inscrição dos programas."[238]

Concordamos com a posição de Zapata, Frasseto e Gomes. Com efeito, a diferença entre o artigo 90, § 1° e o artigo 91, é que naquele o Estatuto está se referindo ao programa de atendimento (definido no item II desse capítulo) ao passo que nesse o ECA cuida da entidade de atendimento (definida no item I desse capítulo).

Hebe Gonçalves explica essa distinção: "é preciso atentar para o fato de que as entidades governamentais, vinculadas ao Poder Público, estão, por força de lei, automaticamente subordinadas às políticas municipais formuladas pelo Conselho de Direitos, no qual o Poder Público está também representado."[239]

---

[237] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 313.

[238] ZAPATA, Fabiana Botelho. FRASSETO, Flávio Américo. GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Direitos da criança e do adolescente; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (coleção Defensoria Pública: ponto a ponto), pág. 83.

[239] Gonçalves, Hebe S. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 610.

Justamente nessa linha de raciocínio é que vemos entre as medidas aplicáveis às entidades não governamentais a cassação do registro (art. 97, II, "d"), o que não encontra similar no tocante às entidades governamentais (artigo 97, I).

Por outro lado, o artigo 91, § 1° do ECA não deve ser considerado "letra morta" às entidades governamentais. Caso descumprido algum dos requisitos ali dispostos, é possível fechar a unidade ou mesmo interditar o programa, com base no artigo 97, I, "d".

FORMALIDADES PARA AS ENTIDADES DE ATENDIMENTO	
ENTIDADES GOVERNAMENTAIS	INSCRIÇÃO DO PROGRAMA NO CONSELHO MUNICIPAL
ENTIDADES NÃO GOVERNAMENTAIS	INSCRIÇÃO DO PROGRAMA NO CONSELHO MUNICIPAL REGISTRO DA ENTIDADE NO CONSELHO MUNICIPAL

Por fim, é imperioso destacar que o ECA se refere somente à inscrição do programa ou registro da entidade no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente. Por outro lado, o artigo 9° da lei do SINASE diz que Estados e Distrito Federal inscreverão seus programas de atendimento no Conselho Estadual ou Distrital dos Direitos da Criança e do Adolescente. Os programas de atendimento a cargo do Estado e do DF são os de medidas socioeducativas que privam a liberdade – semiliberdade e internação, conforme artigo 4°, III da lei do SINASE.

Para compatibilizar esse regra abalizada doutrina advoga que os programas desenvolvidos pelos Estados deverão ser inscritos nos Conselhos Estaduais **e** Municipais.[240]

4 - Reavaliação do registro e da inscrição do programa:

De acordo com o artigo 90, § 3° do ECA, os programas em execução serão reavaliados a cada 2 anos.

Merece destaque a necessidade de que o programa respeite as resoluções relativas à modalidade de atendimento prestado expedidas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis. Um exemplo de suma relevância é a resolução 1 de 2009 do CONANDA e CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social). Ao tratar do acolhimento institucional, a dita resolução determina o seguinte: "*O serviço deve ter aspecto semelhante ao de uma residência e estar inserido na comunidade, em áreas residenciais, oferecendo ambiente acolhedor e condições institucionais para o atendimento com padrões de dignidade.* ***Deve ofertar atendimento personalizado e em pequenos grupos e favorecer o convívio familiar e comunitário das crianças e adolescentes atendidos,*** bem como a utilização dos equipamentos e serviços disponíveis na comunidade local."

No que tange ao registro das entidades, a reavaliação ocorrerá a cada 4 anos, de acordo com o artigo 91, § 2° do ECA e também levará em conta as resoluções dos respectivos Conselhos de Direitos, já que o dispositivo remete ao artigo 91, § 1° que, dentre outros requisitos, exige a adequação às deliberações do Conselho (alínea "e").

---

[240] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 654.

5 - Recursos para implementação e manutenção dos programas:

Importante informação é trazida pelo artigo 90, § 2° do ECA ao afirmar que os recursos destinados à implementação e manutenção dos programas de proteção e socioeducativos serão previstos nas dotações orçamentárias dos órgãos públicos encarregados das áreas de Educação, Saúde e Assistência Social.

Esses recursos só serão entregues quando comprovado o atendimento dos princípios, exigências e finalidades do ECA.[241]

Por estarem vinculados à educação, saúde e assistência social, esses recursos devem ser considerados como impenhoráveis, na forma do artigo 833, IX do CPC/2015.[242]

6 - Princípios para as entidades com programas de acolhimento familiar e institucional:

O artigo 92 do ECA traz princípios para as entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar e institucional.

Tais princípios estão ligados com o próprio caráter excepcional e provisório dessas medidas. Justamente por isso se menciona a preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar (inciso I), integração em família substituta quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa (inciso II – princípio da excepcionalidade da colocação em família substituta e prevalência da família natural, já abordados nesse trabalho); não desmembramento de grupo de irmãos (inciso V) e preparação gradativa para o desligamento (inciso VIII).

Há também princípio que leva em conta a individualidade e necessidades específicas da criança e adolescente, razão pela qual o atendimento deve ser personalizado e em pequenos grupos.

Vale registrar, por fim, o desenvolvimento de atividades em regime de coeducação, inclusive com a presença de pessoas da comunidade; a participação na vida da comunidade com o fim de criar vínculos externos à instituição e a necessidade de evitar a transferência a outras entidades, já que isso demandaria nova adaptação.[243]

7 - Do acolhimento emergencial:

De acordo com o artigo 101, § 2° do ECA, a regra é que o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar seja de competência exclusiva da autoridade judiciária.

Todavia, existem hipóteses em que a urgência dos fatos não pode aguardar a demora do Judiciário. Basta pensar em uma criança que está sendo violentamente agredida pelos pais em um final de semana, no período da noite, quando não há regular expediente forense.

Para esses casos, o artigo 93 do ECA previu a possibilidade de acolhimento excepcional e de urgência, sem prévia determinação da autoridade competente, com comu-

---

[241] Art. 92, § 5°.

[242] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 313.

[243] Respectivamente, incisos IV, IX, VII e VI.

nicação do fato ao Juízo da Infância em até 24 horas.

Essa é a hipótese excepcional em que o próprio Conselho Tutelar insere a criança ou adolescente nessa medida protetiva de acolhimento, com base no artigo 136, I combinado com artigo 101, VII do ECA. O Conselho *insere* na medida, mas quem efetivamente a executa são as entidades de atendimento que ora tratamos.

Após a comunicação, a autoridade judiciária, com auxílio do MP e se necessário do Conselho Tutelar, tentará a imediata reintegração familiar da criança ou adolescente e, se não for possível ou recomendável, encaminhará para programa de acolhimento familiar, institucional ou família substituta.[244]

8 - Outras regras sobre o acolhimento:

O parágrafos do artigo 92 e o artigo 93 do ECA trazem outras regras sobre as entidades de acolhimento.

Importante disposição é a do § 1° que equipara o dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional ao guardião. Logo, com base no artigo 33 do ECA, o dirigente é obrigado à prestação de assistência material (essa será fornecida pela própria entidade), moral e educacional. Além disso, o dirigente pode ser sujeito ativo da infração administrativa disposta no artigo 249 do ECA que pune com multa quem descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela **ou guarda**.

De acordo com o Estatuto, o dirigente também deve remeter relatório circunstanciado no máximo a cada 6 meses para fins de reavaliação. Essa regra foi derrogada, já que o prazo para reavaliação diminuiu para 3 meses, de acordo com a redação do artigo 19, § 1° do ECA, modificado pela lei 13.509/17. Assim, os relatórios devem ser entregues em, no máximo, 3 meses.

É também necessário a permanente qualificação dos profissionais que atuam diretamente em programas de acolhimento institucional, inclusive membros do Judiciário, MP e Conselho Tutelar (art. 92, § 3°). Esse rol não é taxativo. Podemos incluir outras Instituições, como a Defensoria Pública, já que nos Estados em que devidamente aparelhada, é comum a presença periódica dos Defensores Públicos nas entidades de atendimento. Entendemos que essa qualificação deve partir da própria Instituição, já que MP, Defensoria e Conselho Tutelar são autônomos, ao passo que o Judiciário é um Poder da República.

Como forma de fazer prevalecer a família natural, é preciso estimular o contato da criança ou adolescente com seus pais e parentes, salvo determinação judicial em contrário e as crianças acolhidas na faixa entre 0 e 3 anos de idade terão atenção especial.[245]

Sabemos que obrigação sem sanção tende a não ter qualquer efeito. Por isso, o artigo 92, § 6° enuncia que o descumprimento das disposições legais é causa de destituição do dirigente da entidade, sem prejuízo da responsabilidade administrativa, civil e criminal.

Por fim, as obrigações do artigo 94 do ECA, que cuida das entidades que desen-

---

[244] Artigo 93, parágrafo único.

[245] Art. 92, § § 4° e 7°.

volvem programas da medida socioeducativa de internação, se aplicam às entidades que mantêm programa de acolhimento institucional e familiar, no que couber. Esse é o teor do artigo 94, § 1° do Estatuto.

9 - Obrigações das entidades que desenvolvem programa de internação:

A medida socioeducativa de internação é a mais grave a ser imposta ao adolescente autor de ato infracional. O programa de internação, e também o de semiliberdade, é chamado pelo Capítulo IV, seção III[246] da Lei do SINASE como "programa de privação de liberdade".

Justamente por isso há diversas obrigações para a inscrição do programa. O artigo 94 enumera 20 incisos. A essas obrigações devem ser somadas as que constam no artigo 15 da lei do SINASE, que enumera mais 5 incisos.

Vale observar que o termo "internação" utilizado na lei é amplo de forma que engloba "não só aquela derivada de sentença proferida pelo magistrado em ação socioeducativa, mas também a provisória (decretada antes da sentença) e a sanção, aplicada em razão da reiteração de descumprimento injustificado de medida anteriormente imposta."[247]

A grande maioria das obrigações do artigo 94 do ECA se destinam a facilitar a ressocialização do adolescente que cometeu ato infracional e recebeu a medida extrema de internação. Nessa linha se destacam as obrigações de oferecer atendimento personalizado em pequenos grupos (inciso III) para que a entidade preste um serviço individual ao adolescente; diligenciar para restabelecer os vínculos familiares (inciso V), já que se sabe a importância da família no progresso socioeducativo do adolescente e propiciar escolarização (inciso X), uma vez que a educação é uma maneira eficaz de afastar a pessoa de práticas ilícitas.

Outras obrigações visam resguardar a dignidade de quem cumpre a medida socioeducativa, como observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes (inciso I); preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito (inciso IV) e o oferecimento de vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária (inciso VIII).

Não nos alongaremos no estudo dos incisos, já que a leitura legal é suficiente para a compreensão.

10 - Princípio da incompletude institucional:

O artigo 94, § 2° do ECA expõe que no cumprimento das obrigações atribuídas às entidades que desenvolvem programa de internação, serão utilizados preferencialmente os recursos da comunidade.

Trata-se do princípio da incompletude institucional, ou seja, é o reconhecimento de que as entidades não conseguem oferecer na prática tudo que o adolescente precisa para o devido processo socioeducativo. Assim, buscam-se os recursos da comunidade.

Um exemplo elucidará o princípio: o artigo 94, XI confere a obrigação da entidade propiciar práticas esportivas. Ao invés de trazer diversos esportes para o interior da en-

---

[246] Art. 15 da lei do SINASE.

[247] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 317.

tidade, é possível que ela se valha de um clube próximo que já possua estrutura para isso. O exemplo também pode ser de um campo de futebol em praça pública próxima à entidade.

Além de desonerar o erário, a incompletude institucional prepara o adolescente para o retorno ao convívio comunitário.

11 - Princípio da incompletude profissional:

Interessante princípio é levantado por Emília Garcia Mendez. Segundo o autor, a *incompletude profissional* é um princípio básico do atendimento.

Esse princípio trata da "necessidade de quebrar a cultura de 'solidariedade negativa' que invariavelmente se estabelece no interior das instituições totais. Trata-se de proporcionar bases estruturais para impedir a tendência à cumplicidade antipedagógica entre educadores e educandos. Com exceção do mínimo de pessoa de direção e infra-estrutura imprescindível, a maioria dos educadores deveria compartilhar a experiência do trabalho com infratores com outras atividades diferentes no mundo da 'normalidade'. É aconselhável, portanto, que estes educadores não possuam um vínculo administrativo, nem total, nem permanente, com a instituição."[248]

Apesar da boa ideia do autor em afastar os "vícios" inerentes à institucionalização, temos dificuldade em concordar com a possibilidade de que funcionários não ligados administrativamente à entidade tenham prevalência na socioeducação do adolescente. A uma, porque a grande maioria das entidades é governamental, o que exige concurso público para ingresso dos servidores (art. 37, II da CRFB); a duas, porque o trato com adolescentes deve ser feito por pessoas especializadas, com aprimoramento constante; a três, porque a incompletude profissional levaria à necessidade de trabalho voluntário da população em relação aos que cumprem medida socioeducativa, o que é difícil na prática, seja pelo preconceito, seja pelo fato das pessoas terem outras prioridades na vida.

Por fim, ressaltamos que não vemos na legislação brasileira qualquer norma que indicie a adoção do princípio da incompletude profissional.

CAPÍTULO 3 – DA FISCALIZAÇÃO DAS ENTIDADES DE ATENDIMENTO

1 - Introdução – legitimidade para fiscalização das entidades:

De nada adiantaria estipular diversas obrigações se não houvesse fiscalização e punição em caso de descumprimento. É justamente disso que cuidam os artigos 95, 96 e 97 do ECA.

De acordo com o teor legal, as entidades governamentais e não governamentais serão fiscalizadas pelo Judiciário, Ministério Público e Conselhos Tutelares. Apesar da literalidade, entendemos que o rol é exemplificativo. Podemos citar a fiscalização feita pela Defensoria Pública que, com base no artigo 4°, XI da LC 80/94, tem a função institucional de defesa dos direitos individuais e coletivos da criança e adolescente. É evidente que entidades de atendimento que funcionam em desacordo com a lei violam os direitos das

[248] MENDEZ, Emílio Garcia. Op. cit. 114.

crianças e adolescentes.

Além disso, o artigo 4°, XVII da LC 80/94 também confere a função institucional da Defensoria de atuar em estabelecimento de internação de adolescentes visando assegurar às pessoas o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais. Ora, diante disso, se um Defensor está em uma unidade socioeducativa e percebe que as obrigações do artigo 94 do ECA não estão sendo cumpridas, deve agir para remover a irregularidade, inclusive com o manejo de Ação Civil Pública.

Logo, o rol do artigo 95 do ECA é exemplificativo e a Defensoria só não foi expressamente incluída porque em 1990, ano da entrada em vigor do Estatuto, a Instituição defensorial era incipiente no Brasil.

O STJ enfrentou hipótese em que a Defensoria pediu vista de autos administrativos que tramitavam no Judiciário para ter informações sobre registros de tortura em unidades socioeducativas. O juízo e o Tribunal local indeferiram a vista dos autos. A Corte Superior entendeu que a Defensoria deve ter vista dos autos, mas ressaltou, de forma desacertada, que a Instituição não teria atribuição para fiscalizar as unidades de internação:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEFENSORIA PÚBLICA. PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. ACESSO AOS AUTOS DE PROCEDIMENTO VERIFICATÓRIO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. A Lei Complementar n. 80/94, ao estabelecer os objetivos da Defensoria Pública, elenca, dentre outros, a primazia da dignidade da pessoa humana e a prevalência e efetividade dos direitos humanos e, para tanto, indica, como função institucional, a promoção da difusão e da conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, além da prestação de orientação jurídica e defesa dos necessitados, e, especificamente quanto ao tema em debate, o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente e a atuação na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas (Arts. 3º e 4º).
> 2. Nessa linha, a despeito de a legislação não incluir, no rol de competências da Instituição, a atribuição para fiscalizar as unidades de internação, estabelece, expressamente, a função de atuar na preservação e na reparação dos direitos de pessoas vítimas de violência e opressão, do que decorre ser imperioso o acesso a informações decorrentes de registros de eventuais ocorrências que possam ensejar a sua atuação. (...)
> 4. Na ausência de vedação legal, não há falar em impedimento de acesso da Defensoria Pública aos autos de Procedimento Verificatório instaurado para inspeção judicial e atividade correcional de unidade de execução de medidas socioeducativas, após relatos e denúncias de agressões sofridas pelos adolescentes internados e de outras irregularidades no processo ressocializador.(...) (RMS 52.271/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018)

O julgado é preciso ao permitir à Defensoria Pública o acesso dos autos no proce-

dimento de verificação, mas desliza quando retira da Defensoria a fiscalização das entidades de atendimento.

Também com o objetivo de fiscalização e transparência, o artigo 96 do ECA expõe que os planos de aplicação e as prestações de contas serão apresentados ao estado ou município, conforme a origem das dotações orçamentárias.

2 - Das sanções:

O descumprimento do artigo 94 do ECA dá azo à sanções civis, penais e administrativas. No que tange às sanções administrativas, podemos resumi-las no seguinte quadro:

ENTIDADES GOVERNAMENTAIS	ENTIDADES NÃO GOVERNAMENTAIS
Advertência	Advertência
Afastamento provisório de seus dirigentes	Suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas
Afastamento definitivo de seus dirigentes	Interdição de unidades ou suspensão de programa
Fechamento de unidade ou interdição de programa	Cassação do registro

É necessário observar que essas sanções e a fiscalização das entidades se aplicam tanto às entidades que desenvolvam programas de proteção quanto as que desenvolvem programa socioeducativo. O artigo 86 da lei do SINASE tentou restringir as sanções às entidades que desenvolvam programa socioeducativo, mas o dispositivo foi vetado de forma acertada.

Vejamos a alteração que se buscou fazer no artigo 97, *caput* do ECA: "Art. 97. São medidas aplicáveis **a entidades de atendimento socioeducativo**, sem prejuízo de responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes e prepostos:" Como exposto acima, o artigo foi vetado com o seguinte fundamento: "A redação atual do art. 97 prevê que as medidas nele elencadas podem ser aplicadas às entidades de atendimento que atuem em qualquer dos regimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que a proposta restringe a aplicação do dispositivo em prejuízo à fiscalização."

Portanto, reitere-se, não há dúvidas de que o artigo 97 do ECA se destina às entidades que ofertam programas de proteção e também socioeducativos.

3 - Do sujeito passivo das sanções:

O artigo 97 do ECA parece determinar que as sanções ali previstas são aplicáveis à entidade, aos seus dirigentes e prepostos.

Todavia, o STJ tem jurisprudência pacífica no sentido de que a norma precisa ser interpretada em conjunto com o artigo 193, § 4° do ECA que cuida do procedimento para apuração de irregularidades em entidade de atendimento. Assim, a multa e a advertência são impostas ao dirigente e não à entidade, sob pena de deixar ao desamparo as crianças

e adolescentes que dependem das entidades. Confira-se:

> (...) *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que* ***as medidas punitivas do ECA não devem ser aplicadas às entidades, mas aos dirigentes responsáveis ou ao programa de atendimento irregular, uma vez que a imposição de sanção à pessoa jurídica implica no acarretamento de prejuízo aos seus beneficiários, as crianças e adolescentes, que ficariam desprovidos dos correspondentes serviços assistenciais***. (...) *AgInt no AREsp 555.869/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2017*

4 - Outras regras sobre fiscalização das entidades:

Os parágrafos do artigo 97 trazem outras regras sobre a fiscalização das entidades.

O § 1° dispõe sobre a reiteração de infrações, com comunicação ao Ministério Público ou autoridade judiciária. Essa informação tem como objetivo alertar as Instituições para, se entenderem de direito, instaurarem o procedimento de apuração de irregularidades, conforme artigo 191 do ECA. A lei não mencionou a comunicação ao Conselho Tutelar, o que representa mero esquecimento, já que o artigo 193 do Estatuto atribui expressamente legitimidade ao Conselho para instaurar procedimento de apuração de irregularidade.

Por fim, o § 2° do artigo 97 trata da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das organizações não governamentais. Trata-se de responsabilidade objetiva, ou seja, não se perquire a existência de culpa. Frise-se que a regra apenas confirma o que já vem expresso no texto constitucional sobre a responsabilidade civil do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, conforme artigo 37, § 6° da Lei Maior.

TÍTULO 2 – DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO

CAPÍTULO 1 – DISPOSIÇÕES GERAIS

O artigo 98 do ECA traz as hipóteses em que a criança ou adolescente se encontram na chamada "situação de risco". São casos em que os direitos reconhecidos no Estatuto estão sendo ameaçados ou efetivamente violados.

Caso presente uma situação de risco, deve ser aplicada uma medida de proteção que estão expostas, em caráter exemplificativo, no artigo 101 do ECA.

A regra do artigo 98 do ECA também é de suma importância para definição da competência da Vara da Infância e Juventude. Com efeito, o artigo 148, parágrafo único do Estatuto representa hipóteses em que o feito será julgado pela Vara de Infância somente se caracterizada a situação de risco.

A primeira forma de caracterizar a situação de risco é a ação ou omissão da sociedade ou Estado. Um exemplo é a oferta irregular de ensino público e gratuito em local próximo à residência da criança ou adolescente. A essa demanda pode ser aplicada a medida protetiva de matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento de ensino (artigo 101, III do ECA).

A segunda forma se dá por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável. A depender da gravidade da conduta, pode-se verificar a aplicação da medida protetiva de acolhimento institucional, prevista no artigo 101, VIII do ECA.

A terceira e última forma de configuração da situação de risco tem como base a conduta do próprio adolescente. Aqui podemos exemplificar com a prática de ato infracional, caso em que o adolescente pode receber medida socioeducativa e/ou medida protetiva, ao passo que a criança receberá somente medida protetiva. Outro exemplo é o caso de pessoa que passa por distúrbios e tenta o suicídio. Cabível a medida protetiva de tratamento psiquiátrico em regime hospitalar ou ambulatorial (artigo 101, V do ECA).

Portanto, para cada situação de risco há uma medida protetiva, mas isso não é feito de forma matemática. Somente diante do caso concreto será possível verificar qual medida é a mais adequada.

Por fim, destacamos que o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03 – tem dispositivo semelhante ao cuidar das respectivas medidas de proteção (artigo 43). O Estatuto do Idoso teve nítida inspiração no ECA, sendo oportuno fazer um quadro comparativo para auxiliar na fixação da matéria:

SITUAÇÃO DE RISCO NO ECA – ARTIGO 98	SITUAÇÃO DE RISCO NO ESTATUTO DO IDOSO – ARTIGO 43
Ação ou omissão da sociedade ou Estado	Ação ou omissão da sociedade ou Estado
Por falta, omissão ou abuso **dos pais ou responsável**	Por falta, omissão ou abuso **da família, curador ou entidade de atendimento**
Em razão de sua **conduta**	Em razão de sua **condição pessoal**

CAPÍTULO 2 – DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO

1 - Introdução:

Ocorrendo uma das hipóteses previstas no artigo 98 do Estatuto, com configuração da situação de risco à criança ou adolescente, surge e necessidade de aplicar alguma medida protetiva. Essas medidas são previstas em caráter exemplificativo no artigo 101 do ECA.

De acordo com Válter Kenji Ishida, as medidas de proteção são as "que visam evitar ou afastar o perigo ou a lesão à criança ou ao adolescente. Possuem dois vieses: um preventivo e o outro reparador. As medidas de proteção, portanto, traduzem uma decisão do juiz menorista ou do membro do Conselho Tutelar em fazer respeitar um direito fundamental da criança ou adolescente que foi ou poderá ser lesionado pela conduta comissiva ou omissiva do Estado, dos pais ou responsável ou pela própria conduta da criança ou adolescente. Aplicam-se tanto na hipótese de situação de risco como no caso de cumulação com medida socioeducativa em ato infracional."[249]

Como exposto no conceito acima, o Conselho Tutelar pode aplicar algumas medidas de proteção com base no artigo 136, I do ECA[250], ao passo que a autoridade judiciária pode aplicar qualquer tipo de medida de proteção.

Pertinente é a observação de Eduardo Rezende de Melo para quem "as medidas de proteção são interventivas por essência e por isso elas devem ser aplicadas apenas após exame detalhado do caso, com a coleta de diversas informações e estudos, porque, por mais promotora de direitos que se pretenda ser, elas restringem, dirigem e sujeitam a conduta de terceiros, sejam as crianças e adolescentes, sejam os pais e responsáveis. Elas geram ademais consequências jurídicas, inclusive com a aplicação de sanções administrativas em caso de descumprimento (art. 249 do ECA).[251]

Apesar de concordarmos com a prudência exposta pelo autor, ressaltamos que as medidas de proteção não possuem caráter sancionatório à criança e adolescente, diferente do que ocorre com as medidas socioeducativas.

Por derradeiro, é de se acrescentar que as medidas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo (artigo 99 do ECA).

2 - Princípios das medidas de proteção:

Ao aplicar uma medida de proteção, a autoridade competente deve levar em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (artigo 100, *caput*).

O artigo 100, parágrafo único enumera doze princípios que regem a aplicação das

---

[249] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 275.

[250] A aplicação de medida protetiva de acolhimento institucional pelo Conselho Tutelar será abordada em momento oportuno.

[251] MELO, Eduardo Rezende de. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 648.

medidas de proteção. Na verdade, os princípios ali indicados regem todo o Direito da Criança e do Adolescente e não só o ramo específico das medidas de proteção.

Basta verificar que o inciso I se refere à condição da criança e adolescente como sujeitos de direitos e o inciso II cuida da proteção integral e prioritária. O reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos é o conteúdo da proteção integral disposta no inciso II. É claro que isso não pode ser considerado um princípio exclusivo das medidas de proteção.

Ademais, o artigo 113 do ECA dispõe sobre a aplicação dos artigos 99 e 100 às medidas socioeducativas. Nesse particular se destacam os princípios da intervenção mínima (inciso VII) e proporcionalidade e atualidade (inciso VIII).

Portanto, o artigo 100, parágrafo único do ECA representa um conjunto de princípios, com suas definições, que se aplicam a qualquer matéria envolvendo o Direito da Criança e do Adolescente.

3 - Procedimento para aplicar as medidas de proteção:

O Estatuto não especifica um procedimento a ser seguido quando tratamos de aplicação de medida protetiva. Por isso, se aplica o artigo 153 do ECA: "*Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.*"

Todavia, devemos fazer uma ressalva: a regra do artigo 153, caput sucumbe quando estivermos diante de caso que envolva afastamento da criança ou adolescente de sua família de origem. Dentre as medidas protetivas que envolvem afastamento da criança ou adolescente de sua família de origem, temos o acolhimento institucional e acolhimento familiar (artigo 101, VII e VIII), além da colocação em família substituta (artigo 101, IX).

A colocação em família substituta tem procedimento próprio a partir do artigo 165 do ECA. Já o acolhimento institucional e familiar não possuem regramento específico, mas o Estatuto enumera várias regras a serem observadas, como se percebe nos artigos 19, 34, 92, 93, 101 e seus parágrafos e artigo 170, parágrafo único.

Normalmente, quando se quer aplicar uma medida protetiva, a parte interessada ingressa com o chamado "pedido de providências" ou simplesmente "pedido de aplicação de medida protetiva."

4 - Medidas protetivas em espécie:

Como já afirmado nessa obra, o artigo 101, em caráter exemplificativo, traz um rol de medidas protetivas. O rol é exemplificativo porque é impossível à lei prever qual será a causa da situação de risco e, por conseguinte, qual será a providência adequada.

De todo modo, as medidas enumeradas no artigo 101 atendem a quase totalidade prática de casos que geram situação de risco à crianças e adolescentes.

O inciso I trata do encaminhamento aos pais ou responsável. Pode-se dar o exemplo de criança que foge de casa e fica em situação de risco "em razão de sua conduta" (art. 98, III). Nessa hipótese, a medida protetiva mais eficaz é o retorno do infante ao lar.

A lei também trata da orientação, apoio e acompanhamento temporário, além da matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento de ensino. Nesse último caso, no mais das vezes, a falha é estatal ao não concretizar a matrícula da criança ou adolescente em estabelecimento próximo à sua casa (situação de risco criada pela omissão do Estado – art. 98, I).

Como vimos nos comentários ao artigo 23, a falta de recursos materiais não é motivo para suspensão ou destituição do poder familiar. Nesse caso, a criança, adolescente e família devem ser incluídos em programa de proteção, apoio e promoção. Um exemplo é o programa de transferência de renda chamado "bolsa-família", instituído pela Lei 10.836/04.

O Estatuto também se refere à requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico em regime hospitalar ou ambulatorial. Havendo conflito entre as necessidades da criança e do adolescente e a vontade de seu representante legal deve ser feito o respectivo tratamento médico. Nessa linha é o ENUNCIADO Nº 44 da Jornada de Direito de Saúde do Conselho Nacional de Justiça: *"O paciente absolutamente incapaz pode ser submetido a tratamento médico que o beneficie, mesmo contra a vontade de seu representante legal, quando identificada situação em que este não defende o melhor interesse daquele"*. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Em seguida, no inciso VI, a lei trata da inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos. Nesse particular, merece destaque a portaria 130 de 2012 do Ministério da Saúde que trata do CAPS AD - Centro de Atenção Psicossocial de Álcool e outras Drogas. De acordo com o artigo 2° da portaria, "o CAPS AD III é o Ponto de Atenção do Componente da Atenção Especializada da Rede de Atenção Psicossocial destinado a proporcionar a atenção integral e contínua a pessoas com necessidades relacionadas ao consumo de álcool, crack e outras drogas, com funcionamento nas 24 (vinte e quatro) horas do dia e em todos os dias da semana, inclusive finais de semana e feriados."

O inciso IX estipula que a colocação em família substituta é uma medida protetiva. Já tratamos exaustivamente sobre o assunto quando abordamos a guarda, tutela e adoção.

Por fim, os incisos VII e VIII se referem ao acolhimento institucional e familiar. Pela importância e extensão do tema, devemos abrir outro tópico para aprofundar o estudo.

5 - Do acolhimento institucional e familiar:

5.1) Conceito e características:

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais que implicam no afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, sendo utilizados como forma de reintegração familiar ou, subsidiariamente, de colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Em relação ao acolhimento institucional, a doutrina acentua que "se caracteriza pela permanência da criança ou do adolescente junto a uma entidade de atendimento, governamental ou não governamental, presidida por um dirigente, guardião daqueles que estão sob os cuidados da instituição". Já no que concerne ao acolhimento familiar, vemos que "é uma medida protetiva, aplicável única e exclusivamente pelo Juiz da Vara

da Infância e da Juventude, nos casos em que for necessária, de forma excepcional e provisória, a retirada da criança ou adolescente de sua família de origem (natural ou extensa) e entrega aos cuidados de uma família acolhedora, que pode ter a supervisão pedagógica e direcional de uma entidade de atendimento responsável pela execução do programa."

Arremata a doutrina afirmando que "a marca registrada do acolhimento familiar é que a criança e o adolescente estarão sob os cuidados imediatos de uma família, denominada *família acolhedora*, que é previamente cadastrada no respectivo programa."[252]

Para evitar ao máximo os vícios de uma institucionalização, o artigo 34, § 1° explica que o acolhimento familiar prefere ao acolhimento institucional.

Essencial notar que tanto o acolhimento institucional quanto o acolhimento familiar são medidas extremas que só devem ser aplicadas quando não houver qualquer chance de reintegração à família natural ou extensa.

5.2) Autoridade competente. O Conselho Tutelar pode aplicar medida de acolhimento institucional?

Considerando que o acolhimento institucional e o familiar são medidas que afastam a criança e o adolescente do convívio familiar, incide o artigo 101, § 2° do ECA que confere a competência à autoridade judiciária para tomada dessa medida.

Ocorre que o artigo 136, I do ECA narra que é atribuição do Conselho Tutelar "atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, **aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII**".

O inciso VII do artigo 101 diz respeito justamente sobre o acolhimento institucional. Assim, vemos certo confronto entre o artigo 136, I do ECA e 101, § 2° do Estatuto.

A interpretação desses dispositivos se concilia no sentido de que o Conselho Tutelar pode aplicar medida protetiva de acolhimento institucional, **desde que estejamos diante de uma situação de urgência**. A base legal para esse entendimento é o artigo 93 do ECA nestes termos: "*As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade.*"

Logo, em casos excepcionais, o Conselho Tutelar pode inserir a criança ou adolescente em medida de acolhimento institucional, com entrega à respectiva entidade de atendimento. Deverá ser observada a comunicação em até 24 horas à autoridade judiciária.

Exemplo desse acolhimento emergencial é o caso de mãe que resolve tirar a própria vida e também a do filho. Impedida por vizinhos no meio da madrugada, a criança é levada para acolhimento.

Por outro lado, não há urgência quando o Conselho atende a família há várias semanas e, após diversos relatórios, entende que é o caso de acolhimento. Nessa hipótese, o Ministério Público ou a autoridade judiciária deverão ser representados para que tomem a medida que entenderem pertinente.

---

[252] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 329.

5.3) Prazo de acolhimento e de reavaliação:

O artigo 19, em seus § § 1° e 2° cuidam da reavaliação da medida de acolhimento familiar e institucional, além do prazo máximo para acolhimento institucional.

Pelo § 1° a lei estipula o prazo de três meses para a reavaliação. Esse prazo sofreu modificação pela Lei 13.509/17, já que anteriormente a ele a reavaliação se fazia a cada 6 meses.

Vale notar que, pelo caráter excepcional e provisório das medidas, sempre que houver a possibilidade de retirar a criança ou adolescente do acolhimento, essa providência deve ser tomada. Assim, o prazo de reavaliação é o máximo e não o mínimo.

Também merece destaque o Provimento 32 do CNJ que cuida das chamadas "audiências concentradas". O provimento continua usando o prazo de 6 meses para as audiências, em regra nos meses de abril e outubro. Nesses atos processuais, que serão realizados preferencialmente nas dependências das entidades de atendimento, são intimadas diversas Instituições e pessoas da equipe técnica, tal como Ministério Público, Defensoria, equipe interdisciplinar da Vara da Infância e da entidade de acolhimento, Conselho Tutelar, etc. O objetivo é claro: somar esforços para retirar as crianças e adolescentes do acolhimento, com preferência ao retorno à família natural (art. 19, § 3°).

No nosso entender, a alteração do prazo de reavaliação para 3 meses não influencia no cronograma para as audiências concentradas. Isso porque a reavaliação pode ser feita no gabinete do magistrado, sem a presença dos atores do sistema de justiça e sistema de garantia de direitos da criança e adolescente.

Dessa forma, as audiências concentradas permanecem com o prazo máximo de 6 meses para serem realizadas, mas a reavaliação – sem a estrutura e amplitude de abordagem das audiências concentradas – deve ser feita no máximo a cada 3 meses.

O § 1° trata da reavaliação e se refere ao acolhimento institucional e familiar. O § 2°, por sua vez, disciplina o prazo máximo para acolhimento institucional (18 meses, salvo comprovada necessidade), nada se referindo no tocando ao acolhimento familiar.

Não parece ter ocorrido esquecimento legal, uma vez que "o acolhimento familiar, apesar da sua natural provisoriedade e excepcionalidade (art. 101, § 1°), pode adquirir contornos de perenidade, ensejando a denominada *guarda especial* ou permanente (art. 227, § 3°, VI, da CF, e art. 34 do ECA), destinada a atender a situações peculiares (art. 33, § 2°, primeira parte).

Basta imaginar a situação de um adolescente de idade mais avançada, abandonado por seus pais e sem qualquer parente próximo. Frustradas as possibilidades de reintegração na família natural, bem como de colocação em família substituta extensa ou ampliada, e considerando a absoluta excepcionalidade do acolhimento institucional (art. 34, § 1°), seria o caso de tal adolescente ser colocado sob guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar, sempre que possível e recomendável, enquanto não localizada pessoa ou casal interessado em sua adoção (art. 50, § 11)."[253]

---

[253] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 250/251.

5.4) Guia de Acolhimento:

Para organizar e controlar o número de pessoas acolhidas, a lei exige que a autoridade judiciária expeça guia de acolhimento com os seguintes dados: a) identificação e qualificação completa dos pais ou responsável, caso conhecidos; b) endereço de residência dos pais ou responsável, com pontos de referência; c) nomes de parentes ou terceiros interessados em ter o acolhido sob guarda; d) motivos da retirada ou da não reintegração ao convívio familiar (art. 101, § 3°).

A Guia de Acolhimento é uma condição para entrada da criança e do adolescente na instituição que execute programa de acolhimento. Essa regra vem bem clara no artigo 101, § 3°.

Todavia, quando o acolhimento é feito de forma emergencial, com base no artigo 93 do ECA, a guia será dispensada no primeiro momento da acolhida. Somente após, com a comunicação ao juízo da infância e juventude, e caso ratificado o acolhimento, é que deve ser expedida a guia. A essa conclusão chegamos por um motivo muito simples: o artigo 101, § 3° esclarece que a guia será expedida pela autoridade judiciária e na hipótese do artigo 93 a autoridade judiciária ainda não tomou conhecimento do acolhimento, de forma que resta inviável expedir a guia imediatamente.

5.5) Plano individual de atendimento:

O artigo 101, § 4° do ECA determina que após o acolhimento da criança ou adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento faça um plano individual de atendimento. O objetivo principal desse plano é buscar a reintegração familiar, salvo ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, caso em que o plano deverá contemplar a colocação em família substituta.

O plano individual de atendimento é de suma importância porque estabelece metas a serem cumpridas a fim de alcançar a reintegração com a família natural ou colocação em família substituta.

O plano individual de atendimento também existe nos casos de adolescente cumprindo medida socioeducativa, conforme se verifica nos artigos 52 e seguintes da lei do SINASE.

Como consequência de crianças e adolescentes serem sujeitos de direitos – corolário da doutrina da proteção integral – o plano individual leva em consideração a opinião da criança ou do adolescente, além da oitiva dos pais ou responsável (art. 101, § 5°). Importante lembrar que se o objetivo for a colocação em família substituta, e caso o acolhido seja adolescente, esse deverá anuir expressamente com tal medida, com designação de audiência para tal fim (art. 28, § 2°).

O conteúdo do plano individual de atendimento está previsto no artigo 101, § 6° e inclui os resultados da avaliação interdisciplinar, os compromissos assumidos pelos pais ou responsável e a previsão das atividades a serem desenvolvidas com a criança ou adolescente acolhido e seus pais ou responsável, salvo decisão judicial em contrário, caso em que constarão as providências para colocação em família substituta.

5.6) Outras regras:

A partir do artigo 101, § 7° até o artigo 101, § 12, o ECA traz regras que se identificam com os princípios da prevalência da família natural e excepcionalidade da colocação em família substituta.

Nessa ordem de ideias o § 7° determina que o acolhimento ocorrerá no local mais próximo à residência dos pais ou responsável. O objetivo é facilitar o contato do acolhido com sua família. Se houver necessidade, a família será incluída em programa de orientação, apoio e promoção social. Seguindo o raciocínio da prevalência da família natural, o legislador determinou que verificada a possibilidade de reintegração familiar o responsável pelo programa de acolhimento fará imediata comunicação à autoridade judiciária e essa abrirá vista ao MP para se manifestar sobre o assunto (§ 8°).

A partir do § 9°, o ECA cuida da hipótese excepcional, que é a colocação em família substituta. Nesse caso é enviado relatório ao Ministério Público com a expressa recomendação para a destituição do poder familiar. Após recebimento do relatório, o MP terá 15 dias para ingressar com ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou de outras providências indispensáveis ao ajuizamento da demanda (§ 10).

Cabe trazer à baila interessante disposição do Provimento 32 do CNJ que cuida das audiências concentradas. Vejamos o artigo 5° e seu parágrafo único do Provimento:

> ***Art. 5º.*** *Nos casos de crianças ou adolescentes acolhidos há mais de 6 (seis) meses, constatado pelo magistrado que diante das peculiaridades haja possível excesso de prazo no acolhimento sem o ajuizamento de ação de destituição do poder familiar dos pais biológicos, recomenda-se seja concedida vista imediata dos autos ao Ministério Público para manifestação expressa sobre tal situação.*
>
> ***Parágrafo único***. Caso o entendimento do Ministério Público seja pela não propositura da ação de destituição do poder familiar dos pais biológicos e a manutenção do acolhimento, ante o risco da perpetuação da indefinição da situação, recomenda-se ao magistrado, diante da excepcionalidade e provisoriedade da medida protetiva de acolhimento, que, ***encaminhe cópia dos autos ao Procurador Geral de Justiça para eventual reexame, podendo, para tanto, se utilizar da analogia com o disposto no art. 28 do CPP***.

O que se busca com essa providência é acentuar ainda mais o caráter excepcional e provisório do acolhimento, com possibilidade de controle dentro do próprio Ministério Público da posição do promotor com atribuição para o caso. A normativa, apesar de bem intencionada, é contestável, já que agride o princípio do promotor natural, uma vez que o Procurador Geral de Justiça se imiscuiria indevidamente na atuação do promotor que atuava no caso por critérios pré-estabelecidos de atribuição. No nosso sentir, essa forma de rever a posição do promotor natural só poderia ocorrer se a lei assim definisse, o que não ocorre no ato administrativo do CNJ.

O ECA também disciplina o cadastro com informações atualizadas sobre as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional (art. 101, § § 11 e 12).

O cadastro é importante para ter a exata compreensão da quantidade de pessoas

acolhidas, bem como as providências para que o acolhimento chegue ao fim – seja pela reintegração familiar ou pela colocação em família substituta.

O § 12 estabelece um rol de instituições que terão acesso ao cadastro. Esse rol deve ser considerado exemplificativo, tendo em vista que outras Instituições podem ter legítimo interesse no acesso aos cadastros, como ocorre com a Defensoria Pública que tem entre suas funções institucionais a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente (artigo 4°, XI da LC 80/94).

5.7) Programa de apadrinhamento:

Em trecho topograficamente distante da normativa que cuida das medidas protetivas de acolhimento institucional e familiar, o ECA regulamenta no artigo 19-B, o programa de apadrinhamento. Tal programa é destinado justamente a crianças e adolescentes que estejam em acolhimento institucional ou familiar.

Conceito: o apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança ou adolescente acolhido vínculos externos à instituição (art. 19-B, § 1°). Isso porque, "diante das limitações das instituições de acolhimento, o apadrinhamento surge como uma ferramenta importante para engajar a sociedade nos cuidados com crianças e adolescentes."[254]

Destinatários do apadrinhamento: como já exposto acima, o apadrinhamento se destina à crianças e adolescentes que estão em programa de acolhimento institucional ou familiar. O § 4° do artigo 19-B estabelece que deve ser dada prioridade a crianças e adolescentes com remotas chances de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. Como exemplo podemos citar um adolescente que possui grave deficiência física e necessita de amplos cuidados médicos.

Quem pode apadrinhar: as pessoas físicas e também pessoas jurídicas podem apadrinhar. Quando se trata de apadrinhamento por pessoa jurídica o objetivo será apenas financeiro, pois a pessoa jurídica não presta apoio moral. Trocando em miúdos: pessoa jurídica pode apadrinhar, mas esse apadrinhamento não será *afetivo*.

Apadrinhamento e cadastros de adoção: o artigo 19-B, § 2° do ECA foi vetado, mas o Congresso Nacional derrubou o veto presidencial. É preciso entender as razões para essa controvérsia entre Executivo e Legislativo.

Com efeito, o § 2° determina que só podem ser padrinhos aquelas pessoas maiores de 18 anos "não inscritas nos cadastros de adoção." O objetivo legal foi claro: evitar que o apadrinhamento sirva para constituir laços de afetividade para buscar futuramente a adoção *intuito personae* com base no artigo 50, § 13. Sem dúvida isso representaria uma afronta à ordem do cadastro de adotantes.

Contudo, o dispositivo foi vetado ao argumento de criar "prejuízo a crianças e adolescentes com remotas chances de adoção, ao vedar a possibilidade de serem apadrinhados por quem está inscrito nos cadastros de adoção, sendo que o perfil priorizado nos programas de apadrinhamento é justamente o de crianças e adolescentes com remotas

---

[254] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 50.

possibilidades de reinserção familiar."[255]

Com a derrubada do veto, fica a questão: é possível que o padrinho adote o apadrinhado?

Como regra, a resposta é negativa. Ao estabelecer que os padrinhos não podem estar inscritos nos cadastros de adoção, a lei teve como foco afastar o programa de apadrinhamento da vontade de adotar. Todavia, isso não deve ser visto como regra absoluta, já que diante do caso concreto e em homenagem ao melhor interesse da criança e adolescente que não consegue ser colocado em família substituta, a melhor solução é aceitar a adoção *intuito personae* e exigir dos pretendentes que comprovem o preenchimento dos requisitos necessários à adoção, com fulcro no artigo 50, § 14 do ECA.

O CAO infância do Ministério Público do Paraná tem posicionamento no seguinte sentido:

> *"**Derrubada do veto**: Com a derrubada do veto, mantém-se a regra de que os padrinhos afetivos não estejam cadastrados na lista de habilitados para adoção. Sistemática comum na maioria dos programas eis que o escopo do apadrinhamento não se confunde com a adoção e, em muitas situações, pessoas que pretendem burlar a ordem da lista de adoção usam o apadrinhamento para alegar a constituição de vínculos, o que não deve ser tolerado. Contudo é certo que naquelas situações onde não hajam interessados para a adoção da criança apadrinhada (por questões de faixa etária, raça, etnia, existência de deficiência ou ter grupo de irmãos), e decorrido tempo suficiente para o estabelecimento do vínculo, possa-se realizar a adoção da criança pelos padrinhos. Neste caso o fundamento é o superior interesse da criança ou adolescente."*[256]

Regras finais: Estabelece o ECA que os programas ou serviços de apadrinhamento apoiados pela Justiça da Infância e Juventude poderão ser executados por órgãos públicos ou organizações da sociedade civil e, caso ocorra violação das regras do apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão notificar a autoridade judiciária competente imediatamente (artigo 19-B, § § 5° e 6°).

5.8) Impugnação do acolhimento por meio de Habeas Corpus:

Questão interessante diz respeito à possibilidade de impugnar o acolhimento institucional por meio de *Habeas Corpus*. Em um primeiro momento, tal meio de impugnação seria incabível, uma vez que o artigo 101, § 1° do ECA diz que o acolhimento institucional e o familiar "não implicam privação de liberdade".

Entretanto, apesar do teor legal, é fato que existe alguma restrição à liberdade do acolhido.

O STJ tem admitido o manejo de *Habeas Corpus* para desafiar acolhimento institucional manifestamente incabível.

No HC 440.752, consta no inteiro teor do voto a seguinte passagem: *"A jurisprudência*

---

[255] Trecho das razões do veto disponível no site da presidência da república.

[256] Disponível em < http://www.crianca.mppr.mp.br/>

do Superior Tribunal de Justiça, em situações excepcionalíssimas, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, permite o afastamento de todos os óbices que, em princípio, acometem o presente writ e que, ordinariamente, culminariam no seu não conhecimento. No caso, há flagrante ilegalidade identificável de plano a ensejar, em exame perfunctório, o deferimento do pedido liminar de desabrigamento da menor e sua entrega à avó materna até a conclusão dos pedidos de guarda relativos à infante. As instâncias de origem concluíram pela necessidade de entrega da menor ao abrigo institucional, sem, contudo, considerar que tal medida deve ser a última opção plausível, tendo em vista o intuito legal da preservação da família e do princípio do melhor interesse do menor".[257]

Apesar de admitir o manejo de HC para combater decisão que defere o acolhimento institucional, é fato que o STJ tem posição muito rígida para conceder a ordem. É de se dizer: a Corte Superior só concede a ordem de *habeas corpus* quando a decisão for teratológico e isso for possível de constatar de maneira imediata, sem necessidade de dilação probatória.

Nessa linha, vejamos trecho da seguinte ementa: "A ***excepcionalíssima*** *hipótese dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere ,uma vez que, como se nota, não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA. 8. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário."*[258]

Em conclusão: o *habeas corpus*, em hipóteses excepcionais pode ser utilizado para impugnar decisão que determina a inserção em medida protetiva de acolhimento institucional. Para isso é preciso que a decisão seja teratológica e que o erro seja passível de análise sem dilação probatória. Caso ausentes esses requisitos, o melhor caminho é se valer do agravo de instrumento.

Por fim, embora o STJ não tenha se manifestado expressamente sobre o assunto, entendemos cabível a mesma linha de entendimento quando estivermos diante de acolhimento familiar, já que se trata de forma de afastamento da criança ou adolescente do convívio com a família natural.

6 - As medidas de proteção e o registro civil:

O ECA encerra o capítulo II do Título II disciplinando a necessidade de impor as medidas de proteção em conjunto com a regularização do registro civil. Isso quer dizer que a entidade de atendimento deve verificar a regularidade do registro civil da criança ou adolescente e, caso haja necessidade, deve ser providenciada a regularização. Caso haja situação de risco (artigo 98 do ECA), a competência judicial para decidir sobre o tema é do juízo da infância (art. 148, PU, "h" do ECA). Do contrário, a competência recai sobre o juízo de família.

O direito a ser registrado imediatamente encontra base supralegal no artigo 7°, item

---

[257] HC 440.752/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018.

[258] HC 468.691/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2019.

1 da Convenção sobre os Direitos das Crianças: "**Artigo 7.** 1. *A criança **<u>será registrada imediatamente após seu nascimento</u>** e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.*"

Caso haja poucas informações sobre a criança a ser registrada, esse será feito à vista dos elementos disponíveis. Esse é o teor do artigo 102, § 1° do ECA e deixa claro que o registro não pode ser indeferido por ausência de informações precisas sobre a criança, tal como local e data em que nasceu.

As providências para regularizar o registro civil são gratuitas, conforme se vê nos § § § 2°, 5° e 6° do artigo 102.

Se ainda não definida a paternidade, é possível a deflagração de procedimento investigativo para tal fim (averiguação oficiosa de paternidade). Todavia, visando atender ao melhor interesse da criança e adolescente que já estão encaminhados para adoção, o MP pode deixar de ajuizar a ação se o suposto pai não comparecer ou recusar a paternidade a ele atribuída.

TÍTULO 3 – DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL

CAPÍTULO 1 – DISPOSIÇÕES GERAIS

1 - Introdução:

Inaugurando o Título III da parte especial do ECA, o artigo 103 define como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Apesar de simples, o dispositivo legal é de suma importância quando se trata de responsabilização de adolescentes. Isso porque, quando há vinculação entre o ato infracional e a conduta descrita como crime ou contravenção, reduz-se a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa com base em "atos antissociais" ou qualquer outra terminologia que possa ser empregada.

Como acentua Sposato, "os comportamentos proibidos para os menores de idade equivalem à mesma seleção de condutas existentes nos delitos dos adultos, ou seja, as legislações em matéria de menores, a exemplo da brasileira, adotam a técnica de *tipificação delegada*, remetendo-se em bloco ao que é considerado delitivo para os adultos para definir as infrações dos adolescentes, o que reforça que do ponto de vista dos pressupostos da intervenção, a situação é idêntica à dos adultos."[259]

Assim, o artigo 103 do ECA traz *a tipificação remetida ou tipificação delegada*, pois vincula o ato infracional ao crime ou contravenção.

Frise-se que essa é a orientação adotada no artigo 54 das Diretrizes de RIAD: "54. *Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem*.

Como consequência do que até agora se expôs, conclui-se que a lei não pode criar um tipo que seja considerado apenas como ato infracional. Exemplo: não se aceita a criação de ato infracional de "faltar aulas sem justificativa". Esse fato não é considerado crime ou contravenção, de forma que também não será ato infracional.

2 - Estrutura do crime e estrutura do ato infracional:

De acordo com a posição amplamente majoritária na doutrina brasileira, crime é o fato típico, ilícito e culpável.

Para os limites dessa obra, é importante nos ater à culpabilidade, que se divide em a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude e, c) exigibilidade de conduta diversa.

Esmiuçando ainda mais os conceitos acima, devemos dividir as causas que excluem a imputabilidade em a) menoridade de 18 anos; b) doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado fazendo com que, ao tempo da ação ou omissão o agente fosse inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se

---

[259] SPOSATO. Karyna Batista. Op. cit. pág. 93.

de acordo com esse entendimento (art. 26 do CP); c) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior que deixou o agente, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 28, § 1° do CP).

Toda essa divisão é necessária para deixar claro que o ato infracional se configura com a presença de todos os elementos do crime, **exceto a imputabilidade em virtude do agente ainda não ter alcançado 18 anos**.

Logo, se um adolescente comete o ato em razão de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior que o tenha deixado inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ao tempo da ação ou omissão, não há que se falar em ato infracional. Caso se instaure ação socioeducativa, deve o pedido ser julgado improcedente.

De forma inadvertida, é comum ouvir na praxe forense que o ato infracional corresponde ao crime, sem considerar, todavia, a culpabilidade. A afirmação é parcialmente verdadeira, já que, de fato, não há culpabilidade, mas essa ausência de culpabilidade é dispensada somente em relação à imputabilidade etária.

Saraiva é enfático ao afirmar que "não haverá culpabilidade e, em consequência não haverá sanção socioeducativa, quando houver na conduta do adolescente erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21 do Código Penal); erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma descriminante – descriminantes putativas (art. 20, § 1°, do Código Penal); obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, segunda parte, do Código Penal) e ainda a inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, primeira parte, do Código Penal)."[260]

2.1) Adolescente com doença mental e/ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado:

Caso o adolescente pratique ato infracional e se verifique que é possuidor de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como consequência do que dissemos acima, entendemos que não deve ser aplicada qualquer medida socioeducativa.

Isso porque não estarão concretizados todos os elementos do ato infracional, já que, repita-se, dispensa-se apenas a culpabilidade no elemento da imputabilidade etária.

Além disso, o artigo 112, § 1° do ECA diz que a medida aplicada levará em conta a sua capacidade de cumpri-la. Ora, é óbvio que um adolescente com doença mental ou desenvolvimento incompleto não terá qualquer capacidade de cumprir a MSE. Em complemento, o artigo 112, § 3° esclarece que os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

A esses comandos normativos devemos concluir que o Estatuto reservou aos adolescentes com doenças mentais ou desenvolvimento retardado a aplicação, única e exclusiva, de medidas de proteção. O caráter sancionatório inerente às medidas socioeducativas não é adequado para tais hipóteses.

Vale dizer que se a doença surgir no curso da execução de medida socioeducativa,

---

[260] SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral. 5ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, pág. 106.

incide o artigo 46, IV da lei do SINASE que prevê a extinção da MSE "pela condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida". Há também a possibilidade de incluir o adolescente em programa de atenção integral à saúde mental que melhor atenda aos objetivos terapêuticos estabelecidos para o caso, conforme artigo 64, § 4° da lei do SINASE. Ressalte-se: os casos expressos na lei do SINASE são para hipóteses em que o problema surgiu após o início da execução da medida. Se o problema já existia, a solução é julgar improcedente o pedido na ação socioeducativa e aplicar medida de proteção.

2.2) Casuística jurisprudencial:

Os Tribunais Superiores já enfrentaram diversos casos em que o pano de fundo era a comparação da estrutura de crime com a do ato infracional, apesar dos acórdãos não mencionarem expressamente a temática. Vejamos:

Princípio da insignificância e atos infracionais: o princípio da insignificância afasta a tipicidade do crime, especificamente a tipicidade material. Houve sustentação no sentido de que esse princípio não seria aplicável ao ato infracional. O argumento é no sentido de que medida socioeducativa não é pena, ao passo que a insignificância está vinculada a uma penalidade.

O STF rejeitou a tese e assentou que o princípio da insignificância pode se aplicar aos atos infracionais, desde que preenchidos seus requisitos: *EMENTA: HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ASPECTOS RELEVANTES DO CASO CONCRETO. CARÁTER EDUCATIVO DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ORDEM DENEGADA. I - O princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela. Precedente.(...) (HC 98381, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/10/2009)*

Escusas absolutórias (artigo 181 do CP) e ato infracional: o STJ enfrentou a hipótese em que havia sido negada a aplicação das "escusas absolutórias" do artigo 181 do CP ao adolescente autor de ato infracional. O argumento do Tribunal estadual também teve como base o caráter meramente educativo das medidas socioeducativas. A Corte entendeu que o artigo 181 do CP se aplica aos atos infracionais:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À APROPRIAÇÃO INDÉBITA. (...). ESCUSA ABSOLUTÓRIA (ART. 181, II, DO CP). APLICABILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (...)*
>
> 3. *O art. 181, II, do Código Penal prevê escusa absolutória, em razão da qual é isento de pena aquele que comete crime contra o patrimônio, entre outras hipóteses, em prejuízo de ascendente, salvo as exceções delineadas no art. 183 do mesmo diploma legal.*
>
> 4. *Por razões de política criminal, com base na existência de laços familiares ou afetivos entre os envolvidos, o legislador optou por afastar a punibilidade de determinadas pessoas. Nesse contexto, se cumpre aos ascendentes o dever de lidar com descendentes maiores que lhes causem danos ao patrimônio, sem que haja interesse estatal na aplicação de pena, também não se observa, com maior razão, interesse na*

> *aplicação de medida socioeducativa ao adolescente pela prática do mesmo fato. (...) (HC 251.681/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2013)*

Aos dois entendimentos acima podemos acrescentar argumentos: a) a medida socioeducativa possui viés sancionatório como se percebe do artigo 1°, § 2° da lei do SINASE – logo, devem ser aplicados os institutos de direito penal correspondentes; b) não é admitido dar tratamento mais gravoso ao adolescente que aquele conferido ao adulto (artigo 35, I da lei do SINASE e 54 das Diretrizes de RIAD).

2.3) Prescrição das medidas socioeducativas:

A possibilidade de prescrição das medidas socioeducativas já foi alvo de polêmica jurisprudencial e doutrinária. Por todos, vale citar a posição de Ishida contrária à prescrição ao argumento que "como medida socioeducativa, com escopo de reeducação do adolescente infrator, continuamos a nos posicionar contra a admissão da prescrição, considerando a medida socioeducativa imprescritível."[261]

O STJ não acolhe esse posicionamento, pois reconhece que a medida socioeducativa possui carga sancionatória e aflitiva. Logo, deve incidir a prescrição. A questão está pacificada no verbete sumular 338 da Corte Superior: "*A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.*"

Visto isso, devemos abordar a forma de contagem da prescrição. Para tanto, iremos nos valer da posição do próprio STJ, que estabelece três regras:

a. Nas medidas socioeducativas aplicadas sem prazo determinado, como é o caso da internação, considera-se o prazo máximo de cumprimento – 3 anos (artigo 121, § 3° do ECA). Com esse quantitativo, faz-se a subsunção ao artigo 109 do CP (no caso, aplica-se o inciso IV – prescrição em 8 anos). Após isso, considerando-se que na Vara da Infância todos não alcançaram 21 anos, aplica-se o redutor de metade previsto no artigo 115 do CP. Resultado: prescrição em 4 anos;
b. Caso a medida tenha sido aplicada por prazo certo, esse deverá ser considerado. Exemplo: prestação de serviços à comunidade fixada por 4 meses. Considera-se esse prazo e segue-se a mesma fórmula do item anterior. Subsunção ao artigo 109 do CP (no caso, aplica-se o inciso VI – prescrição em 3 anos). Após isso, aplica-se o redutor de metade previsto no artigo 115 do CP. Resultado: prescrição em 1 ano e 6 meses;
c. Mesmo que a medida aplicada seja por prazo indeterminado, se o preceito secundário do crime ao qual o ato infracional é análogo for mais favorável ao adolescente, aplica-se esse quantitativo, seguindo-se as regras previstas nos itens anteriores (subsunção ao artigo 109 e redução do artigo 115, ambos do CP). Vejamos a explicação do STJ: "*Sendo o ato infracional praticado equiparado a delito que prevê como preceito secundário sanção inferior a 3 anos, o cálculo da prescrição deve ser aferido pela pena máxima em abstrato previsto ao delito pra-*

---

[261] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 308.

> *ticado. 4. Se a legislação penal estabelece pena inferior ao prazo máximo estipulado para a aplicação da medida socioeducativa de internação (3 anos), não se pode admitir que se utilize tal parâmetro para o cálculo da prescrição, uma vez que levaria a situações de flagrante desproporcionalidade e injustiça, porquanto se daria tratamento mais rigoroso à adolescente do que a um adulto, em situações análogas."*[262]

Importante: os marcos interruptivos dos prazos prescricionais são os mesmos previstos no Código Penal (artigo 117). Assim, quando o Estatuto repressivo afirma que a prescrição se interrompe "pelo recebimento da denúncia ou queixa" devemos entender que há interrupção no recebimento da representação que visa a aplicação de medida socioeducativa.

Essa é a posição do STJ para quem *"se a prescrição penal, por analogia, se aplica aos procedimentos por ato infracional, as regras acerca da matéria, taxativamente previstas no Código Penal - inclusive no que diz respeito aos marcos interruptivos - devem servir em todos os seus termos."*[263]

3 - Inimputabilidade e tempo do ato infracional:

Seguindo o disposto no artigo 228 da CRFB e artigo 104 do ECA, são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos.

Entendemos que a inimputabilidade etária prevista no artigo 228 da CRFB é cláusula pétrea, já que representa uma garantia fundamental do indivíduo que ainda não completou 18 anos. Sabe-se que as cláusulas pétreas não se restringem ao artigo 5° da CRFB e por isso não há qualquer problema em considerar a idade de 18 anos para início das sanções penais como uma das normas imodificáveis no texto constitucional.

Portanto, Emendas Constitucionais que visem reduzir a maioridade penal são inconstitucionais.

O ato infracional considera-se praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado (artigo 4° do CP, com a alteração da palavra "crime" por "ato infracional"). Por tal motivo, a idade deve ser considerada na data do fato (artigo 104, PU do ECA).

Sem maiores dificuldades vemos que o artigo 104, PU do ECA seguiu o artigo 4° do CP e adotou a **teoria da atividade** em relação ao tempo do ato infracional.

Uma observação deve ser feita: aplica-se o verbete 711 do STF na seara infracional: *"A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência."*

Nessa senda, se um adolescente está cometendo o ato infracional análogo a sequestro ou cárcere privado (artigo 148 do CP) e atinge a maioridade quando ainda está praticando a conduta, sua responsabilidade será aferida na Vara Criminal e não na Vara da Infância e Juventude. Toda a conduta será absorvida para a responsabilização criminal. Inviável separar a conduta para julgar parte na Vara da Infância e parte na Vara Criminal.

---

[262] HC 120875 / SP – Rel. Min Arnaldo Esteves Lima.

[263] AgInt no REsp 1422168/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016

4 - Criança e ato infracional:

O artigo 105 do ECA traz regra importante: crianças que pratiquem atos infracionais receberão apenas medidas de proteção.

Pouco importa a gravidade concreta ou abstrata da conduta infracional: a resposta não será uma medida socioeducativa, mas sim uma medida de proteção.

O órgão que fará o atendimento dessas crianças é o Conselho Tutelar, como se verifica no artigo 136, I do ECA. Assim, a criança não se submete a uma ação socioeducativa frente ao juízo da infância e juventude – ela deve ser encaminhada ao Conselho Tutelar.

Por último, se faz necessária uma observação: criança pratica ato infracional, mas não recebe medida socioeducativa. É equivocada a informação muitas vezes repetida de que o ato análogo a crime ou contravenção praticado por criança não se configura como ato infracional. O erro está em olhar para o resultado e fazer vinculação à causa. O fato de não receber medida socioeducativa não quer dizer que o ato praticado não seja considerado infracional.

CAPÍTULO 2 – DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

1 - Introdução – direitos constitucionais repetidos no ECA:

Do artigo 106 ao 109 do ECA são previstos direitos individuais que, em grande parte, coincidem com o texto constitucional.

O artigo 106 diz que não haverá privação de liberdade, salvo em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. No texto constitucional essa regra está prevista no artigo 5°, LXI. O parágrafo único do artigo 106 confere o direito ao adolescente de identificar os responsáveis por sua apreensão e ser informado de seus direitos e a base constitucional está no artigo 5°, LXIV.

Passando ao artigo 107, vemos que a apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra serão comunicados à autoridade judiciária e à família do apreendido ou pessoa por ele indicada. A correspondência constitucional está no artigo 5°, LXII. O artigo 107, PU diz que deverá ser examinada desde logo a possibilidade de liberação imediata, o que encontra respaldo no artigo 5°, LXV e LXVI da CRFB. Essa disposição também é encontrada nas Regras de Beijing: *"**10.2** O juiz, funcionário ou organismo competentes examinarão sem demora a possibilidade de pôr o jovem em liberdade."*

Fechando o capítulo, o artigo 109 narra que o adolescente civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada. A base constitucional está no artigo 5°, LVIII.

Ao narrar direitos individuais que foram veiculados na Constituição tendo como destinatários réus em processos penais, o ECA evidencia que as medidas socioeducativas, apesar de possuírem caráter pedagógico, também são dotadas de forte carga sancionatória/aflitiva. Logo, cai por terra qualquer sustentação visando reduzir direitos constitucionais e legais argumentando que as medidas teriam caráter meramente educativo e, por isso, não sofreriam as limitações inerentes à aplicação da pena.

O assunto será retomado quando cuidarmos dos objetivos das medidas socioeducativas, disciplinados no artigo 1°, § 2° da lei do SINASE, mas, por ora, deve ser assentada a informação de que as MSEs, por terem carga sancionatória, devem ter sua aplicação limitada pelo devido processo legal e constitucional.

2 - Da internação provisória:

O artigo 108 e seu parágrafo único tratam da internação provisória. Sua compreensão deve ser feita em conjunto com o artigo 174 do Estatuto que dispõe sobre o procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente.

Nos próximos tópicos teceremos comentários sobre o assunto.

2.1) Hipóteses de cabimento:

O cabimento da internação provisória tem como requisitos iniciais os previstos no artigo 108, PU, ou seja, a decisão deve se basear em indícios suficientes de autoria e materialidade, com a demonstração da necessidade imperiosa da medida. É claro que tais requisitos são subjetivos, o que acaba dando azo à internações provisórias completamente desnecessárias. Afinal, cada juízo entenderá de uma forma o significado de "necessidade imperiosa da medida".

Todavia, o magistrado não poderá fundamentar sua decisão somente no artigo 108, PU do ECA. Deverá também se valer do artigo 174 e concluir que pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, a internação seja necessária para a segurança pessoal do adolescente ou manutenção da ordem pública.

Mais uma vez temos requisitos subjetivos. O que é "ordem pública"?

No que diz respeito à internação provisória para a "segurança pessoal do adolescente", aderimos às críticas doutrinárias. Isso porque, se o objetivo é proteger o adolescente, "poderá ser acionado o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte – PPCAAM, instituído pelo Dec. 6.231/2007, que tem por finalidade proteger crianças e adolescentes expostos a grave ameaça no território nacional, podendo ser estendida aos pais ou responsáveis, bem como a outras pessoas (art. 3°, § 2°)."[264]

Além desses requisitos, entendemos que a internação provisória deve ter correspondência com o artigo 122 do ECA. Em outras palavras: por proporcionalidade, só poderemos admitir que um adolescente fique internado provisoriamente se for, ao menos em tese, viável a aplicação da medida socioeducativa de internação, cujos requisitos estão previstos de forma taxativa no artigo 122.[265]

2.2) Natureza de medida socioeducativa:

É fato que a internação provisória deve revestir caráter cautelar. Entretanto, isso não

---

[264] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 346.

[265] Contra, entendendo que a internação provisória não se vincula às exigências do art. 122 do ECA: MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helane Vieira. Da prática do ato infracional. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1209.

pode ser usado para que a entidade de atendimento não desenvolva a socioeducação enquanto o adolescente estiver custodiado.

O artigo 123, PU do ECA deixa claro que "durante o período de internação, **inclusive provisória**, serão obrigatórias atividades pedagógicas."

Portanto, a despeito do curto prazo de duração, a entidade de atendimento precisa oferecer um programa que atenda à socioeducação (escolarização, esportes, acompanhamento técnico, etc).

2.3) Prazo da internação provisória:

O prazo da internação provisória é de 45 dias (artigo 108, *caput* do ECA).

Tal prazo não pode ser ultrapassado, conforme remansosa jurisprudência do STJ: *"É pacífico nesta Corte Superior que o prazo de internação provisória de menor infrator não pode ultrapassar aquele previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente - 45 dias - sob pena de se contrariar o propósito da Legislação do Menor, que pretende a celeridade dos processos e a internação como medida adotada apenas excepcionalmente"* (HC 462.881/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018).

No mesmo sentido é o RHC 83.326/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017.

Como consequência dessa posição do STJ, é inviável a aplicação da súmula 52 da mesma Corte nos casos de processo para apuração de ato infracional: *"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo."*

Além disso, argumentos como a complexidade do feito e gravidade da conduta não são aptos a dilatar esse prazo. Repita-se: o prazo de internação antes da sentença é improrrogável.

Importante destacar que o STF se posiciona no sentido de que, ultrapassado o prazo de 45 dias, caso proferida sentença, fica superada a alegação de constrangimento ilegal: *"HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. PRAZO MÁXIMO DE 45 DIAS. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PREJUDICIALIDADE. ORDEM DENEGADA. I - O prazo de 45 dias, previsto no art. 183 do ECA, diz respeito à conclusão do procedimento de apuração do ato infracional e para prolação da sentença de mérito, quando o adolescente está internado provisoriamente. II - Proferida a sentença de mérito, resta prejudicada a alegação de excesso de prazo da internação provisória. (HC 102057, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010)."*

Não obstante a posição do STF no sentido de que fica prejudicada a alegação de excesso de prazo após ser proferida sentença de mérito, é possível que incida a conduta criminosa prevista no artigo 235 do ECA: "Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão."

Considerando que o adolescente tem sua liberdade vulnerada, o prazo de 45 dias possui natureza material. Nessa linha, conforme artigo 10 do CP, conta-se o dia da apreensão como o primeiro dos 45 dias máximos para a internação provisória.

Frise-se que o prazo de internação provisória deve ser considerado para o máximo de 3 anos de internação e também para o máximo de 6 meses de reavaliação (artigo 42 da lei do SINASE). Assim, se o adolescente ficou internado provisoriamente por 30 dias, proferida a sentença aplicando medida de internação, deverá essa ser reavaliada em no máximo 5 meses (30 dias da internação provisória e 5 meses da internação definitiva).

Caso o adolescente seja liberado após ter cumprido certo período de internação provisória, é possível que seja decretada novamente pelo mesmo fato, mas o prazo total não poderá ultrapassar os 45 dias. Nesse sentido é o artigo 16, § 3° da Resolução 165 do CNJ: *"Liberado o jovem por qualquer motivo, antes de expirado o prazo referido no caput, a renovação da internação provisória não poderá ultrapassar o período que faltar ao alcance do prazo máximo legal."*

2.4) Internação provisória pré-processual:

Questão interessante diz respeito à viabilidade de decretar a internação provisória antes mesmo do oferecimento da representação pelo Ministério Público, ou seja, antes de instaurado o processo que visa aplicar medida socioeducativa.

O enunciado 2 do FONAJUV admite essa prática: "Excepcionalmente é possível a decretação da internação provisória pré-processual a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, respeitado o prazo máximo de 45 dias para conclusão do processo." Em comparação com o sistema processual penal, essa internação pré-processual equivaleria à prisão temporária, já que essa é decretada antes da denúncia ministerial.

Entendemos de todo incorreto o posicionamento do FONAJUV. Isso porque o artigo 108, PU do ECA estabelece que a internação provisória só poderá ser decretada se houver indícios suficientes de autoria e materialidade. Assim, "se existentes esses elementos, terá o Ministério Público condições de oferecer representação."[266]

2.5) Semiliberdade provisória:

O ECA prevê apenas a possibilidade de decretar a internação provisória. Contudo, existe a prática de alguns juízos de aplicar outra medida socioeducativa em caráter provisório, sendo comum a "semiliberdade provisória".

Apesar da ausência de norma específica nesse sentido, não vemos embaraço a essa prática, uma vez que o magistrado pode entender pela necessidade da cautelar, mas não a ponto de restringir de forma tão intensa a liberdade do adolescente com a internação provisória.

É claro que a semiliberdade provisória se sujeita aos mesmos requisitos expostos nos itens anteriores, notadamente o prazo de 45 dias, até porque tanto a internação como a semiliberdade são medidas que privam a liberdade (vide artigo 15 da Lei do SINASE).

Portanto, o prazo de 45 dias deve ser respeitado mesmo que estejamos diante de semiliberdade provisória. Na hipótese do juízo mesclar a internação provisória com a semiliberdade provisória o prazo total não poderá exceder 45 dias, já que ambas privam a liberdade. Exemplo: adolescente fica 10 dias em internação provisória. O juízo pode

---

[266] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 347.

substituir por semiliberdade provisória, que nesse caso ficará limitada a 35 dias (a soma dos prazos resultará em 45 dias).

CAPÍTULO 3 – DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

Os artigos 110 e 111 do Estatuto tratam das garantias processuais dos adolescentes. A maioria das garantias ali previstas já possuem base constitucional, de forma que se mostra desnecessária a repetição na legislação ordinária.

1 - Devido processo legal:

O artigo 110 diz que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. O devido processo legal encontra amparo no artigo 5°, LIV da CRFB.

É preciso esclarecer que o devido processo legal aplicável na apuração de atos infracionais deve considerar as normas do ECA em conjunto com o Código de Processo Penal cuja aplicação é subsidiária de acordo com o artigo 152 do Estatuto.

Assim, a título de exemplo, antes da audiência de apresentação (similar ao interrogatório no processo penal) deve ser garantida entrevista entre o adolescente e seu defensor. A base para isso é o artigo 185, § 5° do CPP.

Importante mencionar que o STJ editou a súmula 342 tendo como base justamente o princípio do devido processo legal. Vejamos seu teor: *"No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente."*

De fato, no procedimento socioeducativo a audiência de apresentação é o primeiro ato da instrução (artigo 184 do ECA). Muitas vezes, o adolescente confessa a autoria do ato infracional, o que gerava um "acordo" entre as partes para dispensar as demais testemunhas e aplicar medida socioeducativa.

Todavia, essa prática viola o processo legalmente estabelecido pelo ECA, especificamente no artigo 186.

Frise-se que, a exemplo do que ocorre no processo penal, na seara infracional também se aplica o princípio acusatório. Logo, Ministério Público promove a acusação, o Judiciário julga e o advogado/Defensoria Pública faz a defesa. Dentro da promoção da acusação está a necessidade do MP comprovar os elementos necessários à procedência da representação contra o adolescente. Dessa forma, se há confissão e as demais provas são dispensadas, fica clara a violação ao sistema acusatório, pois o único que promoveu provas em desfavor do adolescente foi o próprio representado!

Ainda nessa linha, não podemos esquecer que o artigo 197 do CPP estabelece que "o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância." A lei processual penal deixa claro que a confissão não é a "rainha das provas" e essa disposição se aplica também no procedimento para apuração de ato infracional.

Por fim, mesmo com a confissão do adolescente, é essencial que os demais elementos de prova sejam colhidos porque não é a prática do ato infracional que gera, automaticamente, a aplicação de medida socioeducativa. Confrontando os autos, o juízo pode

entender que o adequado ao caso é a aplicação de medida protetiva (artigo 112, VII), mesmo que o ato seja grave. A dispensa das testemunhas com aplicação imediata de MSE desconsidera a lógica do sistema infracional e traz a lógica penal em que da comprovação da prática de um crime necessariamente haverá a aplicação do preceito secundário estabelecido na norma.

2 - Outras garantias:

O artigo 111 do ECA estabelece um rol, meramente exemplificativo[267], de garantias processuais.

O pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional mediante citação ou equivalente tem previsão constitucional no artigo 227, § 3°, IV da CRFB. Essa garantia visa assegurar ao adolescente a efetiva defesa, já que essa somente será realizada se houver conhecimento prévio da acusação que lhe é imputada.

Seguindo o mesmo raciocínio, os incisos III e IV garantem a defesa técnica por advogado ou pela Defensoria Pública. O artigo 227, § 3°, IV da CRFB também trata do assunto.

Interessante disposição é a contida no artigo 111, II que estabelece a "igualdade na relação processual, **podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas** e produzir todas as provas necessárias à sua defesa.

No que tange à igualdade na relação processual e produção de provas, não há qualquer dúvida que possa merecer consideração especial.

Por outro lado, quando o ECA indica que o adolescente pode confrontar-se com vítimas e testemunhas, entendemos que artigo 217 do CPP não se aplica ao procedimento de apuração de ato infracional, já que há regramento específico sobre o assunto. Diz o artigo 217 do CPP: "Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição com a presença do seu defensor."

Esse dispositivo do CPP é substancialmente contrário à normativa do ECA. Afinal, "confrontar-se com vítimas e testemunhas" exige a presença do adolescente. Não basta a presença do defensor, já que trata-se de uma garantia do adolescente e não da defesa técnica.

Por esse motivo, resta inaplicável o artigo 217 do CPP ao procedimento para apuração de ato infracional. Pelas mesmas razões, as normas que tratam de videoconferência no CPP não devem ser aplicadas no procedimento para apuração de ato infracional, pois afastaria a garantia de confronto com vítimas e testemunhas, inquinando de nulidade todo o processo.

Ainda sobre a videoconferência, o artigo 111, V do ECA deixa ainda mais evidente sua não aplicação à seara infracional. Deveras, quando se confere ao adolescente "o direito de

---

[267] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 166.

ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente" resta claro que o "pessoalmente" visa aproximar o adolescente daquele que o julgará. A frieza da inquirição pelo monitor de uma televisão não atende ao anseio estatutário.

Repita-se: o ECA disciplinou normas específicas aplicáveis aos adolescentes e o artigo 152 do Estatuto não dá margem à dúvidas: a aplicação da legislação processual pertinente é **subsidiária**!

Encerrando o rol exemplificativo de garantias previsto no artigo 111, o Estatuto prevê o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. O auxílio da família é essencial para garantir que o adolescente não sofrerá qualquer abuso e também auxilia na socioeducação, caso a representação seja julgada procedente.

CAPÍTULO 4 – DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

1 - Conceito:

As medidas socioeducativas são respostas passíveis de serem dadas pelo Estado, de conteúdo pedagógico e sancionatório, ao cometimento de um ato infracional por um adolescente.

O conceito acima deve ser bem entendido:

a. **Respostas passíveis de serem dadas pelo Estado:** nesse trecho vemos que da prática do ato infracional não haverá, necessariamente, a aplicação de uma medida socioeducativa. É possível que seja aplicada, mas não é obrigatória essa aplicação. Somente o caso concreto dirá o que é melhor aos anseios pedagógicos e sancionatórios. Além disso, essa medida só pode ser aplicada pelo Estado, no caso, o Estado-Juiz, conforme súmula 108 do STJ: *"A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz."*

b. **Conteúdo pedagógico e sancionatório:** não há como negar que as medidas socioeducativas possuem forte carga sancionatória, notadamente a internação e semiliberdade, que são medidas que efetivamente privam a liberdade. Por outro lado, o conteúdo pedagógico também está presente. Essa dupla face das medidas socioeducativas fica muito clara no artigo 112, VI do ECA que prevê a "internação" (medida restritiva de liberdade) *em estabelecimento educacional* (caráter pedagógico). O artigo 1°, § 2° da Lei do SINASE, que cuida dos objetivos das medidas socioeducativas, também deixa evidente seu caráter sancionatório e pedagógico.

c. **Cometimento de um ato infracional:** só é possível aplicar uma medida socioeducativa se houver sido cometido um ato infracional. Não cabe ao Estado impor a medida por atos anti sociais. Trata-se de uma limitação ao poder do magistrado em relação à esfera de liberdade do adolescente.

d. **Ato cometido por um adolescente:** as medidas socioeducativas são passíveis de aplicação quando um adolescente pratica ato infracional. A criança que pratica ato infracional não recebe medida socioeducativa, mas sim medida de proteção. Importante ressaltar que é possível que uma MSE esteja sendo aplicada a uma pessoa entre 18 e 21 anos, mas para que isso ocorra o ato

deve ter sido cometido quando o agente ainda estava no período de 12 anos completos a 18 incompletos. Nesse sentido, vale transcrever a súmula 605 do STJ: *"A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos."*

Visto isso, devemos passar ao rol de medidas socioeducativas previstas no ECA.

2 - Rol de medidas socioeducativas:

O artigo 112 do ECA traz um rol **taxativo** de medidas socioeducativas passíveis de aplicação em caso de ato infracional praticado por adolescente.

Dentre as medidas socioeducativas ali previstas, duas devem ser entendidas como privativas de liberdade – semiliberdade e internação -, ao passo que as demais representam medidas de meio aberto. Essa classificação se extrai do artigo 13 e 15 da Lei do SINASE.

O artigo 112, VII do Estatuto prevê a possibilidade de aplicação de medidas protetivas como resposta à prática de ato infracional. Duas observações devem ser feitas sobre esse inciso:

a. As medidas protetivas aplicáveis são as previstas no artigo 101, I a VI. Isso exclui o acolhimento institucional, o acolhimento familiar e a colocação em família substituta. Para essas três medidas protetivas, em razão de sua característica de afastamento do convívio familiar, se faz necessária ação própria, não sendo viável que ocorra no bojo de um processo que apura ato infracional;

b. Tais medidas de proteção a serem aplicadas no bojo do processo infracional se restringem ao adolescente representado na ação socioeducativa. Exemplo: descabe falar em aplicação de medida protetiva em face do filho do adolescente que estava "próximo ao local em que se cometeu o ato infracional". Se a prática do ato infracional pelo pai ou mãe de uma criança a colocou em situação de risco, cabe aplicação de medida protetiva em processo autônomo, inclusive com a possibilidade de acolhimento emergencial (artigo 93 do ECA), mas é inviável que essa criança ou adolescente – que não participa da ação socioeducativa – receba uma medida protetiva em seu bojo.

3 - Parâmetros e limitações para aplicação da medida socioeducativa:

Iniciando com os parâmetros para a aplicação das medidas socioeducativas, o artigo 112, § 1° diz que deverá ser levada em conta sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Os termos utilizados pelo ECA são muito abertos e reservam ao juízo uma discricionariedade quase absoluta. Dizemos que é "quase" absoluta porque na análise das medidas em si veremos que a internação possui hipóteses taxativas e restritas de aplicação (art. 122 do ECA).

Importante parâmetro é a capacidade de cumprimento da medida. Exemplo: não cabe ao juízo aplicar medida de prestação de serviços à comunidade a um adolescente

que tenha deficiência física que dificulta a locomoção.

No que diz respeito às circunstâncias e gravidade da infração, vemos a adoção pelo Estatuto de critérios retributivos, ou seja, tais critérios avaliam o ato praticado e não necessariamente o melhor caminho para a socioeducação.

No momento de escolher a medida adequada, o juízo deverá fundamentar nos três critérios acima e relacionar com o objetivo sancionatório e pedagógico das medidas.

Ainda como parâmetros de aplicação, o artigo 114 requer "provas suficientes da autoria e materialidade da infração", ressalvada a remissão (artigo 127) e a MSE de advertência. O parágrafo único do dispositivo estipula que a "advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria."

Temos críticas ao dispositivo:

Começando pela advertência: apesar de se tratar de uma medida extremamente branda, não podemos negar sua **natureza de medida socioeducativa**. Assim, se estamos diante de uma medida socioeducativa, devemos presumir que ocorreu um ato infracional e que o adolescente representado é responsável por ele. Entender que bastam "indícios suficientes de autoria" viola claramente o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) previsto no artigo 5°, LVII da CRFB e aplicável ao adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional. Portanto, trata-se de dispositivo inconstitucional, apesar do STF não ter sido provocado sobre o tema.

No que tange à remissão, entendemos que não há inconstitucionalidade na sua aplicação sem provas suficientes de autoria, já que estamos diante de um perdão que não implica reconhecimento de responsabilidade (art. 127 do ECA). Todavia, é possível que a remissão venha cumulada com medida socioeducativa em meio aberto (artigo 127, parte final). Nesse caso, muito embora não exista afronta ao texto constitucional, a defesa técnica precisa ter redobrada atenção para que o adolescente não cumpra medida sem indícios mínimos de que participou ou cometeu o ato.

Como limitação à aplicação das medidas socioeducativas temos a vedação de prestação de trabalho forçado. A vedação ao trabalho forçado já possui previsão no artigo 5°, XLVII, alínea "c" da CRFB.

4 - Adolescentes com doença ou deficiência mental:

Remetemos o leitor ao Título 3, capítulo 1, item "2.1", em que comentamos o caso dos adolescentes com doença ou deficiência mental (artigo 112, § 3° do ECA).

5 - Substituição e cumulação de medidas socioeducativas:

O artigo 113 do ECA determina a aplicação, ao capítulo das medidas socioeducativas, dos artigos 99 e 100, que estão no capítulo destinado às medidas protetivas.

Com isso, podemos concluir que as medidas socioeducativas, na linha do artigo 99, "poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo".

É preciso deixar claro que a possibilidade de aplicar medidas socioeducativas cumuladamente só ocorre se elas forem compatíveis entre si. Exemplo: liberdade assistida e

prestação de serviços à comunidade são medidas que podem ser aplicadas conjuntamente como consequência da prática de um único ato infracional.

Lado outro, as medidas que privam a liberdade (internação e semiliberdade) não são compatíveis com aplicação conjunta com qualquer outra medida. Logo, não é viável aplicar semiliberdade e determinar que, nas atividades externas, o adolescente cumpra prestação de serviços à comunidade. Isso porque, as atividades externas na semiliberdade já terão finalidade socioeducativa de forma que é contraditório admitir que o adolescente precise de outra medida para cumprir no momento das atividades externas que já possuem o viés de socioeducar.

Na internação, com muito mais razão, apesar de ser possível a realização de atividades externas (artigo 121, § 1°), como medida mais intensa de privação de liberdade, fica clara a inviabilidade de cumulação com outra MSE.

Portanto, a aplicação cumulada de medidas socioeducativas se restringe às de meio aberto.

O artigo 99 menciona a possibilidade de substituição "a qualquer tempo", devemos compreender que essa substituição se faz mediante a reavaliação que está disciplinada no artigo 42 da Lei do SINASE.

O STF já abordou o tema em que aplicada a substituição de uma medida de semiliberdade pela de internação, ou seja, tratava-se de substituição mais gravosa. De acordo com o Pretório Excelso, essa prática não poderia ser aceita:

> *PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REGIME DE SEMILIBERDADE. PRÁTICA DE NOVO ATO INFRACIONAL: FURTO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. INAPLICABILIDADE. LEI 8.069/90, arts. 101, 112, VII, 113 e 122. I. - Compete ao juízo de mérito da ação socioeducativa, após o procedimento de apuração do ato infracional no qual sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, a aplicação das medidas de internação previstas nos incisos I e II do art. 122 do ECA. II. - Não há falar em "internação-substituição" com fundamento no art. 113 do ECA, dado que a substituição somente é aplicável quanto às medidas específicas de proteção. Precedentes. III. - H.C. deferido. (HC 85503, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 21/06/2005)*

Ressaltamos, por fim, que o posicionamento do STF impedindo a "substituição mais gravosa" data de 2005, ou seja, anterior à Lei do SINASE (12.594/12) que cuidou do tema de forma mais específica no artigo 43, § 4° e que será objeto de atenção no momento adequado.

CAPÍTULO 5 – DA ADVERTÊNCIA

1 - Conceito e distinções:

O artigo 115 do ECA conceitua a advertência como a "admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada".

Há outros dispositivos no Estatuto que se referem à advertência, tal como o artigo 97, I, alínea "a" e II, alínea "a". Esses artigos cuidam da advertência às entidades go-

vernamentais ou não governamentais que descumprirem as obrigações previstas em lei. Na mesma linha é o artigo 129, VII que prevê a advertência como uma possível medida aplicável aos pais das crianças e adolescentes.

A diferença é que o artigo 115 do ECA trata de uma medida socioeducativa, ou seja, a advertência tem como pressuposto o cometimento de ato infracional, ao passo que as outras se referem a uma medida administrativa em virtude da violação de obrigações previstas em lei.

2 - Autoridade legítima para aplicar a advertência:

Como consequência do que se disse acima, no sentido de que a advertência prevista no artigo 115 é uma medida socioeducativa, somente o magistrado pode aplicá-la.

Essa é a posição sumulada do STJ: *"A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz."*[268]

Diga-se que o STJ já enfrentou situação em que serventuário da justiça aplicava a medida de advertência, o que foi rechaçado pelo Corte: (...) *"Reveste-se de ilegalidade a audiência de admoestação verbal - determinada por ocasião da homologação de remissão cometida a menor infrator, cumulada com medida sócio-educativa de advertência conduzida por oficial do Cartório da Vara especializada. II. Nos termos do art. 112 c/c o art. 146 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é função indelegável do Juiz a aplicação de medida sócio-educativa."*(REsp 104.485/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2002).

CAPÍTULO 6 – DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO

A obrigação de reparar o dano é a medida socioeducativa passível de aplicação quando estivermos diante de ato infracional com reflexos patrimoniais. Nesse caso, a autoridade poderá determinar que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima (artigo 116).

De acordo com doutrina abalizada, "deve-se ter presente que a medida socioeducativa é imposta ao adolescente; ele é o responsável por seu cumprimento, não seus pais ou responsáveis. No âmbito da responsabilidade civil, os pais têm efetivamente o dever de reparar os danos causados por seus filhos (Código Civil, art. 932, inciso I), mas não no regime jurídico da apuração de atos infracionais atribuídos a adolescentes. À luz do Estatuto, a medida socioeducativa é imposta ao adolescente, não a seus pais. Por isso, para aplicação da medida de obrigação de reparação do dano, deve o juiz considerar a efetiva capacidade do adolescente de cumpri-la. Inclusive, o parágrafo único do art. 116 deixa claro que a medida pode ser substituída por outra, caso haja manifesta impossibilidade de seu cumprimento pelo adolescente."[269]

Não obstante a lição acima, entendemos que caso haja reparação civil por parte dos pais, na forma do artigo 932, I do Código Civil, não cabe ao juiz aplicar a MSE de obrigação de reparar o dano. Isso geraria manifesto enriquecimento ilícito, o que se mostra con-

---

[268] Súmula 108 do STJ.

[269] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 177.

trário ao objetivo dessa medida.

O caminho a ser tomado no caso de reparação promovida pelo pai do adolescente é a extinção da medida de obrigação de reparar o dano, caso já tenha sido aplicada, ou sua substituição por outra que se mostre mais adequada à socioeducação do adolescente.

Questão: é possível decretar a internação sanção (artigo 122, III) no caso de descumprimento da medida de obrigação de reparar o dano?

Para responder à indagação, cabe trazer o ensinamento de Fabiana Zapata, Flávio Frasseto e Marcos Gomes, ao afirmarem que "no descumprimento da medida de reparação de dano, não há que se falar em imposição de internação-sanção. Isso porque, por ser medida de execução instantânea, o descumprimento não pode ser considerado reiterado. Além disso, a lei prevê expressamente a substituição da medida antes imposta por outra, não havendo outra decisão a ser proferida."[270]

CAPÍTULO 7 – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais (artigo 117 do ECA).

O artigo 117, parágrafo único estabelece que as tarefas são atribuídas conforme as aptidões do adolescente, com jornada de 8 horas e em dias que não prejudiquem a frequência à escola ou jornada normal de trabalho.

Algumas observações devem ser feitas:

Limite temporal: o limite para aplicação de prestação de serviços à comunidade é de 6 meses. Aqui, temos o oposto do que ocorre na liberdade assistida, pois nessa o prazo **mínimo** é de 6 meses (artigo 118, § 2°). É comum que essa medida seja fixada com prazo certo na sentença. Por exemplo: no processo de conhecimento o juízo fixa a MSE de prestação de serviços à comunidade por 3 meses. Nessas hipóteses, o prazo da medida não poderá ser prorrogado, mas não vemos empecilho ao término antecipado da MSE. Podemos citar o exemplo de adolescente que está trabalhando em jornada normal e não consegue se locomover até o local da PSC a tempo de cumprir sua obrigação. Nesse caso, não há sentido em manter a medida – a extinção é o caminho adequado.

Limite subjetivo: Em virtude da norma constitucional cristalizada no artigo 7°, XXXIII, que impõe a idade mínima de 14 anos para trabalho como aprendiz, entendemos que não é viável a aplicação dessa medida aos adolescentes de 12 e 13 anos. Nesse caso, deve o magistrado fixar outra medida de meio aberto, sendo certo que a inviabilidade de cumprimento de PSC em virtude da norma constitucional não pode servir de fundamento para fixação de MSE mais gravosa - semiliberdade e internação.

Limite volitivo: apesar de se tratar de uma medida imposta em sentença judicial, resta inviável obrigar o adolescente a cumpri-la. Essa é a posição de Wilson Liberati para

[270] ZAPATA, Fabiana Botelho. FRASSETO, Flávio Américo. GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Direitos da criança e do adolescente; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (coleção Defensoria Pública: ponto a ponto), pág. 98.

quem a medida não deve "ser imposta contra a vontade do adolescente; do contrário, corresponderia a trabalho forçado e obrigatório, o que seria proibido (art. 112, § 2°).[271] Concordando com essa posição, Guilherme de Souza Nucci assevera que "a medida ética tem o seu alcance exatamente no cumprimento voluntário das tarefas gratuitas em entidades assistenciais. Inexistiria voluntariedade se a prestação fosse, de algum modo, imposta. Se o jovem se negar, outra medida será imposta em lugar da prestação de serviços, podendo ser mais rigorosa."[272] Seguindo esse raciocínio, entendemos que o adolescente que se recusa a cumprir PSC não pode sofrer internação sanção (artigo 122, III do ECA). Com efeito, se não cabem trabalhos forçados, também não se deve admitir a imposição de internação para tentar "forçar" o adolescente a cumprir um trabalho que não pode ser "forçado", sob pena de estarmos diante de um manifesto contrassenso. Por outro lado, caso o adolescente não deseje prestar serviços à comunidade, deve ter em mente que sua MSE pode ser substituída para outra em que o cumprimento se fará de maneira impositiva, como ocorre na liberdade assistida.

CAPÍTULO 8 – DA LIBERDADE ASSISTIDA

1 - Conceito e prazo:

A liberdade assistida é uma medida socioeducativa de meio aberto que busca acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente a ter uma vida compatível com as normas sociais. Para tal fim, é designado um orientador, que deve ser pessoa capacitada e poderá ser recomendado por entidade ou programa de atendimento (art. 118, *caput* e § 1°).

Em relação ao prazo, o artigo 118, § 2° estipulou **prazo mínimo** de 6 meses, "podendo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida". A nosso ver, a prorrogação, revogação ou substituição só poderá ocorrer após findo o prazo inicial de 6 meses.

Interessante notar que, de acordo com o artigo 42 da lei do SINASE, a reavaliação da liberdade assistida se dá em 6 meses. Assim, a partir do início de seu cumprimento, já pode se considerar uma data certa de reavaliação, já que o prazo mínimo da LA coincide com o prazo máximo de reavaliação. Se esse prazo terminar em dia sem expediente forense, deve a reavaliação ser adiantada com o objetivo de não prejudicar o adolescente.

Consigne-se que nossa posição não é pacífica. O professor Paulo Afonso Garrido de Paula se manifesta da seguinte forma: "quando tratou da liberdade assistida, o legislador prescreveu 'que será fixada pelo prazo mínimo de seis meses', devendo este ser entendido como prazo inicial para a programação da assistência, porquanto o legislador, no mesmo dispositivo, expressamente consignou a possibilidade de revogação a qualquer tempo, 'ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor'."[273]

O prazo máximo da LA é de 3 anos, com base na analogia ao artigo 121, § 3° do ECA.

---

[271] LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit. pág. 129

[272] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 421.

[273] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. cit. pág. 115.

2 - Conteúdo:

O conteúdo da LA está previsto no artigo 119 do ECA, em rol meramente exemplificativo. Cada adolescente terá uma meta específica a depender do que estiver previsto no Plano Individual de Atendimento (art. 52 da lei do SINASE). Assim, se ficar demonstrado que uma das causas do ato infracional foi a ausência paterna na criação do adolescente, deve o plano incluir metas de resgate do vínculo familiar, salvo se isso for completamente inviável. Portanto, a forma como o orientador realizará a socioeducação varia de acordo com as demandas apresentadas pela situação do adolescente.

O artigo 119, I do ECA estipula que o orientador promoverá socialmente o adolescente e sua família. Tal incumbência diz respeito à, por exemplo, inclusão em programas assistenciais.

O inciso II confere a atribuição de supervisionar a frequência e aproveitamento escolar do adolescente, promovendo sua matrícula. Tal dispositivo apresenta caráter ativo ao papel do orientador. Em relação à matrícula em colégio, entendemos que o orientador recebeu legitimidade legal para fazê-lo, sendo dispensado qualquer documento específico emitido pelo juízo para tal fim. Basta apresentar a decisão que aplicou LA e o documento que o designe como orientador.

No inciso III também há um papel ativo do orientador em buscar a profissionalização do adolescente.

Por fim, deve o orientador apresentar relatório do caso. Esse relatório é essencial para aferir se houve progresso socioeducativo, caso em que a medida será extinta, ou se ainda faltam pontos importantes para a devida orientação do adolescente, caso em que a medida deve ser mantida.

3 - Extinção:

Cumpridas as metas estabelecidas no Plano Individual de Atendimento (art. 52 da lei do SINASE) a medida deve ser extinta.

Necessário ressaltar que a LA é medida que, por natureza, conta com o apoio da família do adolescente. Se a família não é estruturada e não participa da socioeducação, mas o adolescente se mostra interessado e busca realizar todas as tarefas que lhes são atribuídas, a medida deve ser extinta. Isso porque, não pode o socioeducando ser prejudicado pela atitude da família. O correto é que seja avaliado unicamente pelas suas próprias condutas.

CAPÍTULO 9 – DO REGIME DE SEMILIBERDADE

1 - Conceito:

A semiliberdade é uma medida socioeducativa privativa de liberdade que pode ser aplicada desde o início ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

Sem dúvida estamos diante de uma medida mais branda que a internação, mas isso não lhe retira a característica de ser uma MSE privativa de liberdade, de acordo com o

artigo 15 da lei do SINASE.

Além disso, ela pode ser classificada como *originária* que é a "aplicada desde o início (diretamente no juízo de mérito da ação socioeducativa)" ou *derivada* quando é "aplicada como forma de transição para o meio aberto (juízo de execução da medida socioeducativa), em substituição (progressão) de anterior medida de internação."[274]

2 - Das atividades externas:

O artigo 120, *caput*, do ECA estabelece que na semiliberdade é possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

A nosso ver, as atividades externas são a essência da medida socioeducativa de semiliberdade, pois se essas forem vedadas teremos, de fato, uma medida socioeducativa de internação e não de semiliberdade.

Explica-se:

O artigo 120, *caput* possibilita atividades externas sem a necessidade de anuência judicial. Por outro lado, o Estatuto, ao tratar da internação, permite atividades externas "salvo expressa determinação judicial em contrário" (art. 121, § 1°).

Essa diferença de redações não é sem razão. Com efeito, o regramento da semiliberdade é bastante curto. Apenas um artigo com dois parágrafos. O artigo 120, § 2° remete as regras da semiliberdade às regras da internação, no que couber. Via de consequência, o que consta minimamente disciplinado no ECA para a semiliberdade não pode ser aplicado em conjunto com as regras da internação, que são mais exaustivas.

Logo, se o legislador deixou claro que é possível atividades externas, sem que o juiz precise anuir, é porque considerou que tais atividades formam a essência da semiliberdade. Do contrário, teria sido omisso e deixado a regulamentação das atividades externas à aplicação das regras de internação, o que permitiria vedação judicial a tais atividades. Não foi essa a opção do legislador! Muito pelo contrário, optou-se por deixar claro que o juízo não participa da escolha e da possibilidade de atividades externas.

Assim, entendemos que as atividades externas não necessitam de qualquer comunicação ao juízo da execução de medida. Além disso, não podem ser afastadas do adolescente, já que isso transformaria a semiliberdade em internação. O máximo que pode acontecer é a alteração de atividades externas para adaptar a socioeducação do adolescente a suas necessidades. Outra possibilidade é a redução do horário de atividades externas, mas, repita-se, não é possível vedar todas as atividades externas.

Frise-se que a decisão sobre atividades externas deve ser feita pela equipe técnica da entidade de atendimento, tendo em vista que é essa equipe que está empenhada na socioeducação do adolescente. Importante mencionar que se a mudança nas atividades externas ocorrer em virtude de sanção disciplinar, essa deve vir precedida do devido processo legal, conforme artigo 74 da lei do SINASE.

Apesar de tudo que argumentamos acima, o STJ entende que o juízo pode restringir atividades externas na semiliberdade:

---

[274] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 312.

> (...) ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO. INTERNAÇÃO. PROGRESSÃO PARA SEMILIBERDADE. ATIVIDADES EXTERNAS. VISITAS PERIÓDICAS À FAMÍLIA. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO JUÍZO. POSSIBILIDADE.
>
> Na linha dos precedentes desta Corte, admite-se que o magistrado, visando a reintegração progressiva do adolescente e atentando para as circunstâncias do caso, imponha restrições às atividades externas a serem realizadas durante o cumprimento da medida sócio-educativa de semiliberdade, tais como saídas para visita à família em finais de semana.(HC 78.446/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2007).

O STF também enfrentou o tema e se manifestou no sentido de permitir a vedação de atividades externas na semiliberdade, mas somente em situações excepcionais: "(...) O artigo 120 da Lei n. 8.069/90 garante a realização de atividades externas independentemente de autorização judicial. 3. O Estado tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar [artigo 227, *caput*, da Constituição do Brasil]. O objetivo maior da Lei n. 8.069/90 é a proteção integral à criança e ao adolescente, aí compreendida a participação na vida familiar e comunitária. 4. ***Restrições a essas garantias somente são possíveis em situações extremas, decretadas com cautela em decisões fundamentadas***, *o que no caso não se dá. Ordem parcialmente concedida para permitir ao paciente a realização de atividades externas e visitas à família sem a imposição de qualquer condição pelo Juízo(...)*" (HC 98518, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/05/2010)

Portanto, apesar de nossa veemente discordância, os Tribunais Superiores seguem a linha de que é possível vedar atividades externas por decisão judicial em hipóteses excepcionais. Ressalta-se que a entidade de atendimento não pode vedar atividades externas – ela pode apenas adaptar as atividades que serão realizadas. A vedação completa é matéria de competência exclusiva do Judiciário, sendo certo que isso deve ser feito após manifestação do Ministério Público e da defesa.

3 - Incompletude institucional:

O artigo 120, § 1° fixa que são obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

A utilização dos recursos da comunidade tem ligação direta com a prática de atividades externas. Deveras, é muito mais prático e econômico que o adolescente estude em colégio próximo à unidade do que exigir que a própria unidade tenha uma escola. No mesmo sentido, é muito mais prático se valer de uma praça local para que o adolescente pratique esportes do que exigir que a unidade tenha estrutura para todos os esportes que forem do interesse do socioeducando.

Rossato, Lépore e Cunha afirmam que nisso "consiste o princípio da incompletude institucional (em oposição ao princípio da completude institucional). O atendimento ao adolescente não pode estar adstrito aos mecanismos existentes na instituição. Deve ele frequentar escolas, cursos profissionalizantes, trabalho e tudo mais o que a comunidade puder disponibilizar."[275]

---

[275] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 369.

4 - Semiliberdade invertida:

O regime de semiliberdade é cumprido da seguinte forma: o adolescente pratica atividades externas durante o dia; são atividades voltadas à socioeducação, tais como frequência ao colégio, profissionalização e esporte. Após isso, retorna à unidade e lá pernoita.

Todavia, doutrina abalizada sustenta a possibilidade da "semiliberdade invertida" que nada mais é do que a inversão do período em que o adolescente fica na unidade com o período em que ele fica em casa. Assim, a semiliberdade invertida "constitui-se na variação plausível jurídico-legalmente do cumprimento de medida socioeducativa de privação parcial da liberdade, quando, então, o adolescente recebe orientações e realiza atividades ao longo do dia na entidade de atendimento e tem, assim, a possibilidade de pernoitar na residência em que vive com o seu núcleo familiar."

Prossegue a doutrina explicando que "a semiliberdade invertida realiza-se pela inversão do período de permanência do adolescente na unidade de atendimento socioeducativo, facultando-se, assim, a adequação do cumprimento da medida socioeducativa às suas reais necessidades pessoais, familiares e comunitárias."[276]

Na experiência profissional do autor foi feito pedido de semiliberdade invertida a adolescente que cumpria MSE por ato análogo a estupro e estava sendo ameaçado pelos outros socioeducandos. A melhor solução era que esse adolescente recebesse seu atendimento durante o dia, enquanto os demais estavam em atividades externas, e retornasse à sua casa durante a noite. O pedido foi feito considerando a pouca quantidade de agentes socioeducativos nas unidades de semiliberdade do Rio de Janeiro, o que de fato gerava risco à segurança do adolescente.

Existem diversas peculiaridades que podem indicar a semiliberdade invertida, razão pela qual sua aplicação deve ser aferida diante do caso concreto.

5 - Hipóteses de cabimento:

Seguindo o raciocínio estabelecido no ECA, a semiliberdade é cabível quando presentes uma das hipóteses do artigo 122 do Estatuto.

Com efeito, o artigo 120, § 2° determina a aplicação das regras da internação, no que couber, à semiliberdade. Não há qualquer empecilho à aplicação das hipóteses de cabimento da internação para a semiliberdade. Basta pensar na hipótese de ato cometido mediante violência ou grave ameaça que, apesar de viável a aplicação de internação, o magistrado, diante do caso concreto, resolve estipular medida mais branda. Muitos vezes esse caminho é o adequado quando o adolescente possui família empenhada na socioeducação ou quando era um ótimo aluno no colégio e o ato representou um momento isolado em sua vida.

Todavia, devemos ressaltar que a jurisprudência não vincula o cabimento da semiliberdade às hipóteses previstas no artigo 122 do ECA. Vejamos a posição das Turmas do STJ que possuem competência para a matéria:

---

[276] RAMIDOFF, Mário Luiz. SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012 – São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 42.

> <u>Quinta Turma</u>:
>
> *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FATO ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (...) MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. CABIMENTO. (...)
>
> 3. *Não se aplicam, outrossim, à medida de semiliberdade os requisitos previstos no art. 122, da Lei n.° 8.069/90, que são pressupostos relacionados somente com a internação.(...)* (HC 143.301/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011)
>
> <u>Sexta Turma</u>:
>
> (...)ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. (...)
>
> 2. *Diferentemente da hipótese de internação, a medida de semiliberdade não possui requisitos taxativos de aplicação, podendo, diante das peculiaridades do caso concreto, ser determinada desde o início, nos termos do art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente.* (...) (HC 319.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015)

Portanto, a despeito de nosso entendimento sobre o tema, a jurisprudência do STJ se pacificou no sentido de que as hipóteses de cabimento da semiliberdade não estão limitadas ao artigo 122 do ECA, tendo em vista que esse só tem cabimento para a internação.

6 - Prazo máximo:

A semiliberdade não é fixada por prazo certo. O juízo do conhecimento aplica a medida e essa é reavaliada, no máximo, a cada 6 meses, com fulcro no artigo 42 da lei do SINASE.

Porém, não podemos esquecer da limitação de três anos de cumprimento da medida (aplicável à semiliberdade com base no artigo 120, § 2° c/c 121, § 3°), bem como da impossibilidade de cumprir qualquer medida socioeducativa após os 21 anos (artigo 121, § 5° do Estatuto).

Assim, não há prazo determinado, mas o máximo são 3 anos de cumprimento ou 21 anos de idade, devendo a medida ser extinta assim que um desses marcos for alcançado.[277]

CAPÍTULO 10 – DA INTERNAÇÃO

1 - Características gerais:

A internação é a medida socioeducativa que gera a maior restrição de liberdade

---

[277] A afirmação pode parecer contraditória porque o adolescente só poderá cometer ato infracional até os 18 anos, de forma que sempre o prazo de 3 anos será alcançado antes de atingir 21 anos (ao menos um dia antes). Todavia, é possível que o adolescente responda ao processo em liberdade e só comece a cumprir a medida aos 19 ou 20 anos, por exemplo. Nessas hipóteses, a idade de 21 anos será alcançada antes do cumprimento dos 3 anos da medida socioeducativa.

do adolescente. A exemplo da semiliberdade, a internação é uma MSE privativa de liberdade, conforme artigo 15 da lei do SINASE e art. 121, *caput* do ECA.

Possui três princípios expressos na Lei 8.069/90: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por **brevidade** devemos entender que a internação deve ser aplicada pelo menor tempo possível e necessário para o cumprimento dos objetivos das medidas socioeducativas (art. 1°, § 2° da lei do SINASE). É claro que essa análise é subjetiva, mas o julgador deve ter em mente que a internação precisa ser rápida e efetiva.

A **excepcionalidade** encontra sentido no artigo 122, § 2° ao afirmar que "em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada." Logo, ao optar pela MSE de internação, o magistrado precisa analisar a viabilidade do cabimento das demais e, sendo a resposta negativa, aplicar a medida extrema em último caso.

O **respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento** é princípio que já se encontra como regra de interpretação no artigo 6° do Estatuto. A internação priva a liberdade do adolescente. Para uma pessoa com idade entre 12 e 21 anos[278] a noção de tempo é diferente da ideia de tempo do adulto. O prazo de 3 anos, máximo da internação, conforme artigo 121, § 3º, se aplicada dos 12 aos 15 anos representará que um quinto da vida do adolescente foi em privação de liberdade. A sensação aflitiva é idêntica à privação de liberdade de um adulto dos 40 aos 50 anos – um quinto da vida detido. Justamente nesse sentido nós, operadores do direito, não podemos entender que 1 ou 2 anos da vida de um adolescente transcorrem da mesma forma que 1 ou 2 anos de nossas vidas. E aí está o significado desse princípio da MSE de internação.

2 - Atividades externas:

Ao tratar da semiliberdade no capítulo anterior, deixamos claro nosso entendimento no sentido de que as atividades externas constituiriam a essência daquela medida socioeducativa.

Na internação a sistemática é diferente: as atividades externas são permitidas, mas a autoridade judiciária pode emitir expressa determinação em sentido contrário.

Assim, na sentença, de forma fundamentada, o juízo poderá decidir que o adolescente não pode realizar atividades externas. Infelizmente, o que se vê na prática são capítulos padronizados na sentença – sem qualquer menção ao caso dos autos ou aos relatórios produzidos no processo – vedando atividades externas. É claro que isso ofende o dever de fundamentação exposto no artigo 93, IX da CRFB.

Frise-se que a socioeducação é uma relação jurídica continuada entre Estado, adolescente, família e sociedade. Justamente por isso, o juízo da execução pode rever a vedação às atividades externas determinada na sentença. Mais uma vez enfatizamos que essa decisão precisa ser fundamentada de forma a apontar a mudança no quadro fático e as razões pelas quais as atividades externas passariam a ser permitidas. O artigo 121, § 7° do ECA, acrescentado justamente pela lei que cuida da execução de medidas socioeducativas – lei do SINASE, deixa clara a possibilidade de revisão da decisão que proibiu atividades externas.

---

[278] 21 anos é o limite para cumprimento de medidas socioeducativas – art. 121, § 5° do ECA.

Por fim, vale trazer à colação o artigo 50 da lei do SINASE que também trata da saída do adolescente da unidade de internação: "sem prejuízo do disposto no § 1° do art. 121 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a direção do programa de execução de medida de privação da liberdade poderá autorizar a saída, monitorada, do adolescente nos casos de tratamento médico, doença grave ou falecimento, devidamente comprovados, de pai, mãe, filho, cônjuge, companheiro ou irmão, com imediata comunicação ao juízo competente." O dispositivo não trata especificamente de uma atividade externa, já que essas possuem como característica a regularidade, tal como frequência ao colégio. O que a lei do SINASE trata é de um fato específico que gera uma saída externa.

3 - Prazo da internação:

A internação não comporta prazo determinado. Na sentença que aplica essa MSE o magistrado não diz quanto tempo o adolescente ficará internado. Apenas se indica que a medida aplicada é a internação.

Em no máximo 6 meses, a medida precisa ser reavaliada (art. 121, § 2° do ECA e 42 da lei do SINASE). Todavia, o máximo de cumprimento da medida são 3 anos, sendo certo que, atingido esse limite, o adolescente será liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida (art. 121, § § 3° e 4°).

Aos 21 anos a liberação será compulsória (art. 121, § 5°). Não poderia ser diferente, já que o artigo 2°, parágrafo único do Estatuto deixa claro a aplicação excepcional do ECA somente até os 21 anos.

Para resguardar o contraditório, a desinternação deve ser precedida de autorização judicial, ouvido o MP (art. 121, § 6°).

4 - Da súmula 605 do STJ:

O STJ editou o verbete 605 de sua jurisprudência predominante no seguinte sentido: *"A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos."*

Essa súmula tem relação direita com o dispositivo que estamos tratando e também com o artigo 2°, parágrafo único do ECA. Explica-se:

O artigo 2°, PU do Estatuto diz que "**nos casos expressos em lei**, aplica-se **excepcionalmente** este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade."

O que se percebe na normativa acima transcrita é que existem dois requisitos para aplicação do ECA às pessoas entre 18 e 21 anos: previsão expressa em lei e excepcionalidade.

Com base nisso debateu-se acerca da aplicação das medidas socioeducativas às pessoas entre 18 e 21 anos e foi formada a tese de que nessa faixa etária seriam cabíveis apenas as medidas de internação e semiliberdade. Isso porque, o artigo 121, § 5° estabelece que a liberação será compulsória aos 21 anos, o que permite inferir a possibilidade de internação até essa idade. Além disso, como estatui o artigo 121, *caput* a internação é medida excepcional. Portanto, presentes os dois requisitos do artigo 2°, PU: excepcionalidade e previsão legal.

Seguindo esse raciocínio, entendeu-se que essa conclusão também deveria ser aplicada na semiliberdade, pois o artigo 120, § 2° determina a aplicação das normas da internação, no que couber.

Ainda nessa linha, já que para as demais medidas socioeducativas não há previsão legal e também não existe previsão expressa da excepcionalidade, a MSE deveria ser extinta aos 18 anos de idade. Essa tese ganhou força em Tribunais estaduais como o do Rio de Janeiro.

Todavia, afastando a posição acima sustentada, o STJ entendeu que toda e qualquer medida socioeducativa pode ser aplicada até os 21 anos, conforme súmula já transcrita.

5 - Hipóteses de cabimento:

O artigo 122 do ECA traz hipóteses em que se torna possível a aplicação da internação. Os casos ali enumerados são taxativos, mas não impositivos. É de se dizer: o juízo só poderá aplicar a internação se algum dos incisos do artigo 122 se fizer presente; todavia, mesmo que presente uma das hipóteses do artigo 122, o juízo pode analisar o caso concreto e verificar que outra medida socioeducativa é mais adequada à hipótese.

Sobre o assunto, confira-se a posição do STJ: *ECA. HABEAS CORPUS. INTERNAÇÃO. ART. 122 DO ESTATUTO.* ***A enumeração do art. 122 do ECA é exaustiva, não sendo permitida a inclusão de hipóteses outras sob pena de configuração de constrangimento ilegal*** *(Precedentes).* (...) (HC 12.842/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2000).

Vamos analisar cada inciso.

5.1) Ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa:

O inciso I do artigo 122 estabelece a possibilidade de aplicar a MSE de internação nos casos de ato cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa. Um exemplo comum é o ato análogo ao crime de roubo (art. 157 do CP).

O inciso em comento não se refere a atos análogos a crimes hediondos, mas sim a atos cometidos com violência ou grave ameaça. Justamente por isso, o ato análogo a tráfico, por si só, não dá ensejo à MSE de internação. Nesse sentido, o STJ editou a súmula 492: "O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente."

Registre-se que não cabe argumentar no sentido de que o tráfico seria uma "ameaça" à sociedade e por isso estaria satisfeita a condição prevista no artigo 122, I. Essa tese, que não encontra qualquer amparo legal, esquece que todo fato considerado crime é uma ameaça à sociedade, já que só pode ser considerado infração penal aquela conduta especialmente danosa à sociedade. Por isso, não se sustenta esse entendimento.

Importante também mencionar a tese lançada pela Defensoria do Rio de Janeiro no sentido de que a atuação no tráfico de drogas configura uma das piores formas de trabalho infantil, conforme Convenção 182 da OIT, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 3.597 de 2000: *Artigo 3. Para efeitos da presente Convenção, a expressão "as piores formas de trabalho infantil" abrange: (...) c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais com*

definidos nos tratados internacionais pertinentes.

Assim, de acordo com essa tese, o trabalho no tráfico faria do adolescente uma vítima, razão pela qual não seria possível aplicar medida socioeducativa, mas tão só medida de proteção.[279]

Ainda em relação ao inciso I, devemos atentar para que sua aplicação de forma cega não gere uma indevida afronta ao princípio da vedação ao tratamento mais gravoso que o aplicado ao adulto. Por exemplo: o crime de ameaça (art. 147 do CP) e o de lesão corporal leve (art. 129, *caput* do CP) possuem penas baixas (ameaça – pena mínima de 1 mês de detenção; lesão leve – pena mínima de 3 meses de detenção). Caso um adulto cometa esses crimes, seu julgamento se dará no Juizado Especial Criminal, sendo quase impossível imaginar que fique preso. Logo, com mais razão, não é possível admitir a internação do adolescente que comete esse tipo de ato infracional, mesmo que revestido de violência ou grave ameaça, tendo em vista que a vedação ao tratamento mais gravoso que o dispensado ao adulto é um princípio geral do Direito da Criança e do Adolescente, como deixamos assentado nessa obra (Primeira Parte, capítulo 4, item 5).

5.2) Reiteração no cometimento de outras infrações graves:

No inciso II do artigo 122, o Estatuto autoriza a internação quando o adolescente reitera no cometimento de infrações graves. Como se percebe, há dois elementos para que esse inciso se faça presente: reiteração + atos graves. Esses requisitos são cumulativos, de forma que se houver reiteração, mas o ato não for grave, inviável será a aplicação da internação.

Visto isso, devemos abordar cada um desses elementos.

Reiteração: o sentido de "reiteração" gerou polêmica jurisprudencial durante longo período. Houve entendimento, aceito pelo STJ, no sentido de que deveria ser diferenciada a "reiteração" da "reincidência". Isso porque para a "reincidência" bastariam dois atos (art. 63 do CP); logo, se o Estatuto não se valeu dessa expressão, tendo optado pela palavra "reiteração", o correto seria exigir três atos ou mais. Nessa linha, para que estivesse satisfeita a hipótese de reiteração, o adolescente deveria cometer três atos infracionais e apenas no último essa condição estaria presente.

Não obstante ter contado com apoio jurisprudencial, atualmente o STJ exige apenas dois atos para a configuração da reiteração: *MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE. REITERAÇÃO INFRACIONAL. (...) 2. Esta Corte passou a entender que para se considerar a ocorrência de reiteração no cometimento de ato infracional (art. 122, II, do ECA), basta uma passagem anterior pela Vara da Infância e Juventude, e não mais duas como já entendeu este Sodalício, desde que vislumbrada a imprescindibilidade da medida de internação, considerando-se o caso concreto.* (...) (AgInt no AREsp 1283377/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018).

Infrações graves: o outro requisito do artigo 122, II do ECA é a existência de infrações graves. Se o adolescente praticou um ato grave e outro ato que não é considerado grave, o permissivo do artigo 122, II não se faz presente. Como dito acima, os requisitos são

---

[279] Os autores da tese são os professores Rodrigo Azambuja e Eufrásia das Virgens.

cumulativos, ou seja, a reiteração deve ser em atos graves.

Fica a questão: o que deve ser considerado como "ato grave"?

Citando Jurandir Norberto Marçura, as professoras Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos, sustentam que "considerando que o legislador valeu-se dos conceitos de crime e contravenção penal para definir o ato infracional (art. 103), devemos buscar na lei penal o balizamento necessário para a conceituação de ato infracional grave. Nela, os crimes considerados graves são apenados com reclusão; os crimes leves e as contravenções penais, com detenção, prisão simples e/ou multa. Por conseguinte, entende-se por grave o ato infracional a que a lei penal comina pena de reclusão."[280]

Concordamos em parte com a afirmação. É fato que só pode ser considerado "grave" aquele crime cujo preceito secundário preveja pena de reclusão. Entretanto, acrescentamos, não satisfaz a condição de gravidade os crimes cuja pena se enquadre no conceito de menor potencial ofensivo, o que atrai a incidência da lei 9.099/95 e também aqueles cuja pena mínima permite a aplicação de suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/95). Com efeito, seria desproporcional entender que crimes como furto simples, se praticados por um adulto, receberia a medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, ao passo que esse mesmo fato daria ensejo à internação quando praticado de forma reiterada pelo adolescente. Mais uma vez estaríamos violando o princípio da vedação ao tratamento mais gravoso.

Em conclusão, entendemos que gravidade é: **pena de reclusão + crime que não seja considerado de menor potencial ofensivo + crime que não se enquadre na possibilidade de suspensão condicional do processo.**

5.3) Descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta: internação-sanção:

O inciso III do artigo 122 do ECA traz a chamada "internação-sanção" que ocorre quando há descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Esse tipo de internação merece considerações mais detalhadas:

Competência: O Estatuto expõe que essa forma de internação se dá pelo descumprimento "da medida anteriormente imposta". Se a medida já foi imposta, conclui-se que está em fase de execução e o adolescente a descumpre. Portanto, a internação sanção é decretada pelo juiz responsável pela execução da medida socioeducativa e não pelo juiz do conhecimento.

Observação deve ser feita: em muitas comarcas do Brasil não há juízos específicos para execução de medidas socioeducativas. A competência para o processo de conhecimento e para a execução recai sobre um único juízo. Todavia, esse fato em nada altera a conclusão que expomos acima, já que o juízo que decretar a internação sanção estará exercendo a competência referente à execução da medida.

Requisitos formais – compreendendo a súmula 265 do STJ: no que tange aos re-

---

[280] MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helane Vieira. Da prática do ato infracional. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1.216.

quisitos formais é de suma relevância entender a razão da súmula 265 do STJ e contextualizar com o direito atualmente vigente.

Com efeito, de acordo com a redação original do artigo 122, § 1° do ECA "o prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses." Com base nesse texto se percebe que a lei não disciplinava os requisitos para a internação sanção. Isso deu azo à inúmeras decisões aplicando liminarmente a internação sanção, antes mesmo de oportunizar o adolescente de se justificar.

Ocorre que, de acordo com o artigo 122, III, o descumprimento da MSE deve ser "injustificável". Como raciocínio lógico, se um requisito é o descumprimento "injustificado" é preciso chamar o adolescente para que possa justificar o descumprimento.

Nesse arcabouço o STJ editou o verbete 265 nos seguintes termos: "é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa." É de se dizer: a súmula 265 do STJ veio à lume tendo como base a redação original do artigo 122, § 1° do ECA.

Entretanto, a lei do SINASE alterou a redação do artigo 122, § 1° do ECA que passou a constar da seguinte forma: "*O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.*" A primeira parte do dispositivo já constava na redação original; o que restou incluído foi a parte final que determina que a internação sanção seja aplicada "após o devido processo legal".

Fica a questão: qual é o processo legal para aplicação de internação sanção?

A resposta está na própria lei do SINASE que, além de alterar o ECA nesse particular, também dispôs sobre o procedimento para a decisão sobre internação sanção. Deveras, o artigo 43, § 4° da lei 12.594/12 está assim disposto: "§ 4°. *A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal,* ***inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente),*** *e deve ser: I –* ***fundamentada em parecer técnico****; II – precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1° do art. 42 desta Lei.*"

Portanto, de acordo com o devido processo legal estipulado na lei do SINASE, para a internação sanção é preciso fundamentação em prévio parecer técnico, além da audiência que já era exigida pela jurisprudência do STJ.

Infelizmente vemos decisões de Tribunais estaduais aplicando a literalidade da súmula 265 do STJ e dispensando a fundamentação em parecer técnico. Trata-se de grave equívoco justamente por não considerar que a lei foi alterada em 2012 e fez previsão expressa do devido processo legal para a internação sanção, ao passo que o entendimento sumulado do STJ teve origem na redação anterior do ECA.

Por outro lado, já se encontram acórdãos reconhecendo a necessidade de fundamentação em parecer técnico para a decretação da internação sanção:

> *0040519-85.2018.8.19.0000 - HABEAS CORPUS*
>
> *Des(a). FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA - Julgamento: 28/08/2018 - SEXTA CÂMARA CRIMINAL - TJRJ*
>
> *HABEAS CORPUS - ECA - INFRAÇÃO EQUIPARADA AO CRIME DE*

> *FURTO QUALIFICADO (ART.155 §4º DO CÓDIGO PENAL). MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. DESCUMPRIMENTO. IMPOSIÇÃO DE INTERNAÇÃO-SANÇÃO - IRRESIGINAÇÃO DEFENSIVA –(...) ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO ARGUMENTO DE VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA A DECRETAÇÃO DA INTERNAÇÃO. SUSTENTA SUPRESSÃO DA FUNDAMENTAÇÃO EM PARECER TECNICO, JÁ QUE NÃO FOI CUMPRIDO UM REQUISITO FORMAL DISPOSTO NO ART.43 §4º, I DA LEI 12594/12. - POSSIBILIDADE - O DOCUMENTO ELABORADO PELO DIRETOR DO CRIAAD NÃO PODE SER ENTENDIDO COMO PARECER TECNICO, NÃO TENDO O MESMO COMO AVALIAR O DESENVOLVIMENTO PESSOAL DO ADOLESCENTE. A EXIGÊNCIA LEGAL CONSISTE NA NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE PARECER REALIZADO POR PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS QUE MANTÊM CONTATO COM O MENOR. TAIS PROFISSIONAIS TÊM A OPORTUNIDADE DE REGISTRAR OS AVANÇOS OU OS REGRESSOS QUE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA OCASIONOU, O MODO COMO OS ADOLESCENTES REAGEM ÀS INTERVENÇÕES ESTATAIS, E EVENTUAIS PROVIDÊNCIAS QUE SE APRESENTAM COMO MAIS RECOMENDÁVEIS. TODAVIA, A SÍNTESE INFORMATIVA ASSINADA PELO DIRETOR, NO CASO EM EXAME, ESTÁ LONGE DE ATENDER AOS DITAMES LEGAIS, CONSISTINDO UNICAMENTE EM UM RESUMO DOS FATOS OCORRIDOS NO DIA 6/07/2008, OCASIÃO EM QUE O JOVEM SE EVADIU DA UNIDADE ONDE CUMPRIA MSE. DESTA FORMA, A INTERNAÇÃO-SANÇÃO DA ADOLESCENTE, DA FORMA COM QUE FOI DETERMINADA NA R. DA DECISÃO ATACADA, CONFIGURA PATENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA ANULAR A DECISÃO QUE DETERMINOU A INTERNAÇÃO SANÇÃO, CONSOLIDANDO-SE A LIMINAR OUTRORA DEFERIDA -*

O requisito formal de prévia audiência permite concluir que não cabe internação sanção cautelar ou liminar. Sempre se faz necessária a oitiva do adolescente para que possa justificar o descumprimento. Exemplo de justificativa para descumprimento: adolescente que estava em unidade de semiliberdade localizada dentro de comunidade dominada por facção rival à sua, o que gerava inúmeras e graves ameaças. Essa situação, infelizmente corriqueira, é uma forma de justificar o descumprimento da medida socioeducativa.

Caso o adolescente evada da unidade e não seja encontrado, deve ser expedido mandado de busca e apreensão, de acordo com o artigo 184, § 3° do ECA. Cumprido o mandado, deve ser designada audiência para que possa ser oportunizada a justificativa.

O STJ, contudo, tem posicionamento no sentido de permitir a internação sanção sem prévia audiência, caso o adolescente tenha alterado o endereço e não comunicado ao juízo:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS. REITERAÇÃO NA EVASÃO. REGRESSÃO DO MENOR PARA A MEDIDA

> SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA. NULIDADE NÃO-CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE LOCALIZAÇÃO DO PACIENTE. ENDEREÇO DESATUALIZADO. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A jurisprudência deste Tribunal é uníssona no sentido de que a regressão do adolescente, sem a sua prévia oitiva, implica em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
> 2. Conforme consignado pela Corte de origem, concedeu-se ao paciente a garantia processual de ser ouvido, não tendo sido, entretanto, efetivada em razão da alteração de seu endereço do distrito competente sem a devida comunicação ao Juízo Menorista.
> 3. Ademais, há informação nos autos de que o menor encontra-se evadido, em local incerto e não sabido.
> 4. Ordem denegada. (HC 119.578/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010)

Discordamos da posição do STJ, já que a lei exige a oitiva do adolescente; não basta oportunizar a oitiva. Ela deve ser realizada para verificar se o descumprimento foi justificado. Como dissemos acima, na hipótese de adolescente com paradeiro incerto deve ser expedido mandado de busca e apreensão.

Requisitos materiais: além dos requisitos formais, temos também os requisitos materiais para a decretação de internação sanção. Vamos a eles:

a) Descumprimento reiterado: nesse requisito remetemos o leitor à mesma controvérsia exposta no item anterior em que tratávamos da internação com base no artigo 122, II do ECA. O sentido de "reiteração", de acordo com a atual jurisprudência do STJ exige apenas a prática de dois atos – no segundo descumprimento já é possível decretar a internação sanção.

Necessário observar que não basta que o descumprimento da MSE ocorra por longo período para considerar como "reiterado". Exemplo: adolescente que evade da unidade de semiliberdade e fica 6 meses sem qualquer retorno. Nesse caso, houve apenas um descumprimento, apesar de ter se prolongado no tempo. Para a internação sanção é preciso que esse adolescente retorne a cumprir a medida e novamente a descumpra. Aí sim estará configurado o segundo descumprimento que, de acordo com o STJ, poderá dar azo à internação sanção.

b) Descumprimento injustificável: analisar se um descumprimento foi justificado ou não ingressa na subjetividade do magistrado. Não há como prever abstratamente o que seria um descumprimento justificado. Essa decisão deve ser feita concretamente, levando em conta as peculiaridades de cada caso.

c) A medida descumprida não pode ser de internação: não cabe falar de internação sanção na hipótese de adolescente que descumpre a própria medida de internação. Seria o exemplo de adolescente que sai para atividades externas na unidade de internação e não retorna. Nesse caso, deve ser expedido MBA (mandado de busca e apreensão) para que haja o retorno no cumprimento da medida. A internação sanção seria inócua nesse caso. Como anota Márcio Pinho de Carvalho, "a internação-sanção é uma punição

pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida mais branda anteriormente imposta, não existe no cumprimento da medida de internação estrita, em razão de serem da mesma natureza."[281]

Prazo da internação sanção: A internação sanção tem prazo **máximo** de 3 meses. Considerando que a lei prevê o "máximo" de tempo para internação sanção, entendemos que o juízo deve fundamentar nas circunstâncias de cada caso concreto a necessidade do prazo especificamente fixado.

Vale observar que 3 meses não é sinônimo de 90 dias, já que há meses que possuem 31 dias e fevereiro possui 28 dias. A contagem se dá considerando o mês e não os dias. Essa regra só altera caso a autoridade judiciária tenha fixado prazo em dias

Questão: um adolescente cumpre os três anos de internação (artigo 121, § 3° do ECA) e tem a medida substituída para semiliberdade. Caso descumpra de forma reiterada e injustificável a semiliberdade, poderá ser decretada a internação sanção?

Entendemos que não pode ser decretada a internação sanção nesse caso. Isso porque as três hipóteses previstas no artigo 122 do ECA refletem condicionantes para a aplicação da mesma medida: a internação. Logo, se a lei prevê o prazo de 3 anos como o máximo para a internação, não é viável elastecer o teor legal e se valer da internação sanção para descumprir a determinação legislativa.

A solução para esse caso deve se dar no âmbito do regime disciplinar da própria entidade de atendimento, seguindo-se o artigo 71 e seguintes da lei do SINASE.

Questão: é possível decretar a "semiliberdade sanção"?

É de se lembrar que à semiliberdade aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à internação (artigo 120, § 2° do ECA). Logo, não vemos qualquer empecilho para a aplicação da semiliberdade sanção. Basta imaginar um caso de descumprimento reiterado e injustificável de liberdade assistida. O juízo pode entender que é mais consentâneo com a hipótese concreta aplicar a semiliberdade ao invés da internação.

É claro que os requisitos para a "semiliberdade sanção" serão os mesmos da internação sanção.

Nesse sentido, no HC 286.407/PE (STJ), o voto do relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, tem o seguinte trecho: *Em outras palavras, se o Juiz da Infância e da Juventude aplica ao adolescente medida em meio aberto e, no curso da execução, este a descumpre de forma reiterada e injustificada,* ***poderá ser imposta a semiliberdade ou a internação-sanção pelo prazo máximo de 3 (três) meses***.Grifamos.

Ressalte-se que nesse julgamento o objeto não era a possibilidade de semiliberdade sanção, mas no inteiro teor do voto se percebe sinalização do relator no sentido da viabilidade.

6 - Medida socioeducativa de internação seguida de internação psiquiátrica:

Pensemos na hipótese de adolescente que cumpra os três anos de medida socioedu-

[281] CARVALHO, Márcio Pinho de. Execução de medidas socioeducativas – prática processual de aplicação da Lei do SINASE e da Resolução no 165 do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: processo, 2018, pág. 42.

cativa de internação e, ao final do prazo, se verifique a necessidade de internação psiquiátrica. É viável tal procedimento ou haveria violação ao prazo máximo de 3 anos para a internação?

O STJ enfrentou o assunto e entendeu viável, até porque a nova "internação" não é uma medida socioeducativa:

> *HABEAS CORPUS* – AÇÃO CIVIL DE INTERDIÇÃO CUMULADA COM INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA – POSSIBILIDADE (...)
>
> 7. A internação compulsória em sede de ação de interdição, como é o caso dos autos, não tem caráter penal, não devendo ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa à que esteve submetido no passado o paciente em face do cometimento de atos infracionais análogos a homicídio e estupro. Não se ambiciona nos presentes autos aplicar sanção ao ora paciente, seja na espécie de pena, seja na forma de medida de segurança. Por meio da interdição civil com internação compulsória resguarda-se a vida do próprio interditando e, secundariamente, a segurança da sociedade.
>
> (...) (HC 169.172/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013).

Entendemos correta a posição do STJ, já que a natureza jurídica da internação psiquiátrica não é de medida socioeducativa, razão pela qual não há afronta ao prazo máximo de 3 anos previsto no artigo 121, § 3° do ECA. Todavia, fazemos uma ressalva: se o problema psiquiátrico já existia ao tempo em que aplicada a MSE de internação, há evidente erro, vez que o adolescente não tinha condições de cumprir a medida (art. 112, § 1° do ECA). Logo, nenhuma MSE deveria ter sido aplicada e em seu lugar seria o caso de internação psiquiátrica desde o início.

Portanto, apesar do acerto da posição da Corte Superior, o entendimento não pode ser usado como um "jeitinho" para deter um adolescente acima do prazo legal pelo fato da autoridade judiciária considerá-lo "perigoso".

7 - Normas finais:

Os artigos 123, 124 e 125 trazem disposições finais que encerram a Seção VII sobre a medida socioeducativa de internação.

O artigo 123 estipula que a internação deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes. O local deve ser distinto daquele destinado ao abrigo e deve-se levar em conta separação por critério de idade, compleição física e gravidade da infração.

O dispositivo pretende auxiliar na socioeducação, evitando que adolescentes próximos de completar 18 anos, ou mesmo jovens com 19 ou 20 anos, influenciem negativamente adolescentes com 12 ou 13 anos.

Com base nesse dispositivo o STJ entendeu que não é viável que um adolescente cumpra medida socioeducativa em estabelecimento prisional, mesmo que em ala separada dos adultos: "*O cumprimento de medida socioeducativa em estabelecimento prisional, ainda que em local separado dos maiores de idade condenados, contraria o art. 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente (...) Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para determinar*

que o Paciente aguarde em medida socioeducativa de liberdade assistida o surgimento de vaga em estabelecimento próprio para menores infratores, compatível com o cumprimento da medida socioeducativa de internação que lhe foi imposta." (HC 272.847/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013).

Acresça-se que o artigo 21 da Lei 13.869/19, que definiu crimes de abuso de autoridade, tipificou a seguinte conduta: "Art. 21. *Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.* ***Parágrafo único.*** *Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)*"

Importante também é a previsão do artigo 123, parágrafo único que prevê a necessidade de atividades pedagógicas durante o período de internação, inclusive provisória. O dispositivo deixa claro que todas as espécies de internação devem ser consideradas como medidas socioeducativas. Logo, todas – inclusive a provisória – ficam limitadas aos incisos do artigo 122 do ECA. Não cabe alterar a natureza jurídica da internação provisória com o fim de aplicá-la quando se sabe que ao final do processo essa espécie de MSE não poderá ser determinada pelo juízo.

Passando ao artigo 124, vemos que o ECA traz um rol, meramente exemplificativo, de direitos concedidos aos adolescentes privados de liberdade. Muito embora o dispositivo esteja na Seção que cuida da internação, pela expressão "privados de liberdade" devemos entender que também está incluído o adolescente que cumpre semiliberdade, conforme artigo 15 da lei do SINASE.

O inciso I traz o direito de entrevistar-se pessoalmente com o representante do MP. O inciso III diz que é direito avistar-se reservadamente com seu defensor (público ou constituído).

O inciso II traz o direito de petição, que possui sede constitucional no artigo 5°, XXXIV, alínea "a".

A informação sobre a situação processual também é um direito do adolescente, de acordo com o inciso IV. Essa informação pode ser prestada pelo defensor, membro do MP ou mesmo pelos profissionais da entidade de atendimento.

Com o fim de auxiliar na socioeducação, o adolescente deve ser tratado com respeito e dignidade; permanecer internado o mais próximo possível de sua família; receber visitas e corresponder-se com familiares e amigos (incisos V, VI, VII e VIII). No que tange ao direito de visitas, o artigo 124, § 2° permite sua suspensão temporária, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente. Por sua vez, o tratamento com respeito e dignidade envolve a relação entre funcionários e adolescentes, como também na relação entre os próprios adolescentes. Justamente por isso o artigo 125 prevê a obrigação do Estado de zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar medidas adequadas de contenção e segurança.

Outros direitos também são previstos no dispositivo, sendo certo que decorrem da dignidade da pessoa humana (incisos IX e X) e da necessidade de buscar a socioeducação (incisos XI, XII, XIV).

O inciso XIII trata do direito de acesso aos meios de comunicação social, ao passo que os incisos XV e XVI cuidam dos objetos e documentos pessoais do adolescente.

Por fim, o artigo 124, § 1° veda a incomunicabilidade.

CAPÍTULO 11 – DA REMISSÃO

1 - Introdução:

Do artigo 126 ao artigo 128 o Estatuto trata de instituto extremamente relevante, qual seja: a remissão. A remissão, do verbo remitir, é um perdão. Exatamente disso que estamos a tratar: de um perdão dado ao adolescente que é suspeito de ter cometido um ato infracional.

2 - Classificação da remissão:

O artigo 126, *caput* traz a remissão apresentada pelo Ministério Público; é uma forma de **exclusão** do processo (remissão pré-processual). Já o artigo 126, parágrafo único menciona que "iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na **suspensão** ou **extinção** do processo" (remissão processual).

Logo, temos o seguinte quadro:

CLASSIFICAÇÃO DA REMISSÃO	
Remissão oferecida pelo MP antes de iniciado o procedimento judicial (remissão pré-processual)	**Trata-se de forma de exclusão do processo**
Remissão pela autoridade judiciária (remissão processual)	**Pode ser uma forma de suspensão ou de extinção do processo**

3 - Características:

O artigo 127 do Estatuto diz que a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeitos de antecedentes.

Apesar da lei utilizar a palavra "necessariamente", o que pode gerar a compreensão de possibilitar o reconhecimento de responsabilidade em alguns casos, entendemos que a remissão **nunca** implicará em reconhecimento de responsabilidade. Isso porque, a responsabilidade pela prática do ato infracional só pode ser reconhecida judicialmente, após o devido processo legal (artigo 5°, LIV da CRFB). Eventual confissão do adolescente não pode servir para afastar essa premissa. Com efeito, no processo penal a confissão não é a "rainha das provas", conforme artigo 197 do CPP, que deve ser aplicado ao caso sob pena de tratarmos o adolescente de forma mais gravosa que o adulto; além disso, a prática demonstra que muitos adolescentes confessam no afã de livrar a responsabilidade do adulto com quem foi preso e que responde ao processo na Vara Criminal. Logo, a con-

fissão no procedimento de apuração de ato infracional deve ser visto *cum grano salis*.[282]

É importante deixar claro que por não implicar reconhecimento de responsabilidade, supostos atos infracionais que foram agraciados com remissão não dão ensejo à reiteração para fins de aplicação de internação na forma do artigo 122, II do ECA.

Por outro lado, o fato de não implicar o reconhecimento de responsabilidade e não prevalecer para efeitos de antecedentes não é um impeditivo para que a remissão venha cumulada com alguma medida socioeducativa em meio aberto. O artigo 127, parte final deixa claro que não é possível aplicar a remissão em conjunto com semiliberdade ou internação. Veremos nos próximos tópicos algumas peculiaridades sobre o assunto.

4 - Remissão cumulada com medida socioeducativa:

Como visto no item anterior, o Estatuto prevê a possibilidade de aplicar a remissão em conjunto com medida socioeducativa em meio aberto. Quando há remissão sem qualquer tipo de aplicação de medida socioeducativa, estamos diante da chamada "remissão própria"; por outro lado, quando a remissão vem acompanhada de uma medida socioeducativa estamos diante da "remissão imprópria". Não vemos qualquer óbice à aplicação da remissão com **medida protetiva**, já que essas também podem ser aplicadas em virtude da prática de ato infracional (artigo 112, VII).

Há inúmeros debates sobre o tema, conforme passaremos a expor abaixo.

4.1) Constitucionalidade da remissão imprópria:

O primeiro ponto que devemos analisar é a constitucionalidade do dispositivo que prevê a remissão em conjunto com a aplicação de medida socioeducativa.

É fato que o adolescente deixa de lado o procedimento contraditório para reconhecimento da prática de um ato infracional, mas mesmo assim recebe uma medida socioeducativa. Isso pode levar a crer que há inconstitucionalidade no dispositivo por violação ao devido processo legal (artigo 5°, LIV da CRFB).

Todavia, não entendemos dessa forma. O devido processo legal é justamente aquele previsto em lei para dar solução a determinada questão. No caso da apuração de ato infracional a lei fez previsão da possibilidade de aplicar a remissão c/c medida socioeducativa – somente as de meio aberto. É opção do adolescente aceitar a proposta, sendo certo que deve estar acompanhado da defesa técnica que lhe prestará todas as informações jurídicas necessárias.

O pleno STF enfrentou o assunto e decidiu pela constitucionalidade do dispositivo:

> (...) Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida sócio-educativa. – Constitucionalidade

---

[282] Na mesma linha de raciocínio podemos citar a súmula 342 do STJ: "No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas e, face da confissão do adolescente."

> dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. (...)
>
> (RE 229382, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2002)

Portanto, na linha do posicionamento do STF, não vemos qualquer inconstitucionalidade no dispositivo.

4.2) Necessidade de defesa técnica:

Como já deixamos antever no item anterior, entendemos que é indispensável que a defesa técnica participe no ato de remissão imprópria, ou seja, da remissão cumulada com medida socioeducativa.

Assim, devem ser colhidas duas manifestações de vontade: a) a do adolescente, que deve anuir com a proposta; b) a da defesa técnica, que precisa estar presente ao ato.[283]

Se é verdade que a defesa técnica deve estar presente em caso de "remissão imprópria", não vemos tal necessidade na hipótese de remissão própria, ou seja, aquela que não vem acompanhada de medida socioeducativa. Isso porque não há qualquer prejuízo ao adolescente. Trata-se de um perdão puro e simples, sem qualquer condicionante ou efeito prejudicial.

4.3) Remissão imprópria apresentada pelo Ministério Público:

O artigo 127 do ECA não faz distinção entre a remissão apresentada pelo MP como forma de exclusão do processo ou a remissão apresentada pela autoridade judiciária. Em ambas é possível a cumulação com medida socioeducativa de meio aberto.

Todavia, caso a remissão proposta pelo MP seja cumulada com medida socioeducativa, é preciso que a autoridade judiciária homologue. Em outras palavras: não cabe ao MP aplicar diretamente a remissão em conjunto com medida socioeducativa de meio aberto. Nesse sentido é a súmula 108 do STJ: "A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz."

---

[283] Nesse sentido STJ, HC 67.826 e HC 415.295.

No mesmo sentido é o artigo 181, § 1° do ECA que se refere à homologação da remissão e, conforme o caso, "o cumprimento da medida". Ora, se o Estatuto tratou da homologação da remissão oferecida pelo MP e se referiu a "cumprimento da medida", conclui-se que é possível que o MP proponha remissão acompanhada de medida em meio aberto, sendo certo que tal proposta deve ser submetida ao Judiciário.

4.4) Discordância do juízo acerca da remissão apresentada pelo MP:

Caso o magistrado discorde da remissão apresentada pelo MP, deve ser aplicado o artigo 181, § 2° do ECA, que tem clara inspiração na redação original do artigo 28 do CPP. Dessa forma, a autoridade judiciária deverá fundamentar a decisão e fará remessa ao Procurador-Geral de Justiça que terá as seguintes opções: a) oferecerá a representação; b) designará outro membro do MP para apresentá-la; c) ratificará a remissão, sendo certo que nesse caso a autoridade judiciária será obrigada a homologar.

O mesmo procedimento deve ser tomado em caso de discordância parcial da remissão oferecida pelo MP. É a hipótese em que o MP oferece remissão c/c liberdade assistida, mas o juízo entende que o caso é de remissão pura e simples ou mesmo que a remissão deve ser acompanhada de mera advertência. Não cabe ao juízo homologar em parte a remissão e excluir a medida socioeducativa aplicada – é preciso remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, na forma do artigo 181, § 2° do Estatuto.[284]

Em conclusão: seja na discordância total do posicionamento do Ministério Público, seja na discordância parcial, o juízo deve se valer do procedimento previsto no artigo 181, § 2° do ECA.

4.5) Remissão judicial e oitiva do MP:

Caso a remissão seja apresentada pela autoridade judiciária, é indispensável a prévia oitiva do Ministério Público, sob pena de nulidade.

A essa conclusão se chega pela combinação do artigo 186, § 1° do ECA, que prevê a necessidade de oitiva ministerial caso a autoridade judiciária entenda adequada a remissão, em conjunto com o artigo 204 do Estatuto que impõe a nulidade pela falta de intervenção do Ministério Público no feito.[285]

4.6) Descumprimento da medida socioeducativa aplicada na remissão imprópria:

Nesse item, se propõe uma indagação: qual a consequência do descumprimento da medida socioeducativa imposta em conjunto com a remissão imprópria?

De plano deixamos claro que não pode ser aplicada a internação sanção (artigo 122, III do ECA) em virtude do descumprimento da medida que veio em conjunto à remissão. Isso porque, a remissão não implica reconhecimento de responsabilidade.

Nesses termos é o posicionamento do STJ:

---

[284] STJ, REsp 1.392.888/MS.

[285] Nesse sentido STF, HC 96.659 e STJ AgRg no Ag 1.079.806.

(...)

INTERNAÇÃO-SANÇÃO. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO OU COMPROVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A remissão não implica o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, o que obsta a aplicação da internação-sanção e impede a caracterização de antecedentes, equiparando-se ao instituto da transação previsto no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.
2. A condição imposta ao paciente para a concessão da remissão não possui natureza jurídica de medida socioeducativa, prevista no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apta a ensejar a internação-sanção, em razão do descumprimento das condições vinculadas à remissão.
3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para confirmar os efeitos da liminar anteriormente deferida e determinar a colocação do adolescente em liberdade assistida, facultando ao Ministério Público paulista prosseguir na apuração do ato infracional.

(HC 348.143/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016)

Logo, havendo descumprimento da MSE aplicada em conjunto com remissão, a única alternativa é retomar o curso do processo.

Nesse ponto, fazemos uma diferenciação: entendemos que a remissão imprópria requerida pelo Ministério Público não pode gerar sequer a retomada do processo. Isso porque, essa remissão é caso de "exclusão" do processo, de forma que "transitada em julgado a homologação, não pode ser ela revista, nem retomado seu curso normal, por tratar-se da modalidade de exclusão do processo."[286]

Entretanto, fica o alerta de que nossa posição é minoritária, já que a ampla maioria da doutrina entende aplicável por identidade de razões a súmula vinculante 35 do STF: "A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial."[287]

4.7) Revisão da medida aplicada por força de remissão:

O artigo 128 permite que a medida aplicada em conjunto com a remissão seja revista judicialmente a qualquer tempo. É claro que a revisão da medida só poderá gerar outra medida que não seja de meio fechado (semiliberdade ou internação).

Importante destacar que a legitimidade para pedir a revisão é do adolescente ou seu

---

[286] ZAPATA, Fabiana Botelho. FRASSETO, Flávio Américo. GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Direitos da criança e do adolescente; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (coleção Defensoria Pública: ponto a ponto), pág. 104.

[287] Por todos, vide FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág.344.

representante legal e do Ministério Público. Portanto, não há que se falar de revisão da medida de ofício pelo juízo, mesmo que a remissão tenho sido por ele aplicada.

TÍTULO 4 - DAS MEDIDAS PERTINENTES AOS PAIS OU RESPONSÁVEL

1 - Introdução:

A grande maioria dos problemas que afetam crianças e adolescente possuem sua causa na vulnerabilidade familiar. Reconhecendo isso, o artigo 226 da CRFB classifica a família como "base da sociedade" merecendo "especial proteção do Estado."

No Título em comento, o ECA traz medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, mas o objetivo é fortalecer a família que tem sob seus cuidados uma criança ou adolescente. Em outras palavras: apesar da medida ser aplicável aos pais ou responsável, o fim último é resguardar os interesses das crianças e adolescentes.

2 - Das medidas e da competência para sua aplicação:

O Estatuto enumera dez incisos com medidas aplicáveis aos pais ou responsável. As mais drásticas se encontram nos incisos VIII, IX e X (perda da guarda; destituição da tutela e suspensão ou destituição do poder familiar).

O Conselho Tutelar pode aplicar as medidas enumeradas nos incisos I ao VII, conforme se verifica no artigo 136, II que trata das atribuições do Conselho. É claro que a atribuição do Conselho Tutelar não afasta a possibilidade da autoridade judiciária aplicar tais medidas. A atribuição do Conselho e a competência da autoridade judiciária devem ser consideradas concorrentes e disjuntivas, ou seja, os dois podem aplicar e um não necessita do outro para tal aplicação; cada um pode aplicar independentemente da anuência do outro legitimado.

A perda da guarda, destituição de tutela e a suspensão/destituição do poder familiar são da competência exclusiva da autoridade judicial. Sobre a guarda, o artigo 35 deixa claro que sua revogação exige ato "judicial". A destituição de tutela também exige pronunciamento judicial, de acordo com o artigo 164 do ECA, que remete ao CPC (artigo 761 e 762 da lei de ritos). Finalmente, sobre a suspensão e destituição do poder familiar, o Estatuto traz seu procedimento entre os artigos 155 e 163.

3 - Medidas aos pais no bojo de procedimento de apuração de ato infracional:

Existe dúvida na doutrina acerca da possibilidade de aplicar as medidas expostas no artigo 129 no bojo de um procedimento de apuração de ato infracional imputado ao adolescente.

Trocando em miúdos: se um adolescente de 16 anos é representado por ter cometido ato infracional e o juízo verifica que os pais ou responsável necessitam de alguma medida do artigo 129, é possível que nesse procedimento a que responde o adolescente seja imposta a medida aos pais/responsável?

Citando Eduardo Roberto Alcântara, os professores Luciano Rossato, Paulo Lépore e Rogério Sanches entendem que as medidas previstas nos incisos I a IV pelo seu cunho meramente protetivo podem ser aplicados no procedimento de apuração de ato infracional imputado a um adolescente. Por outro lado, as medidas indicadas nos incisos V

a X "exigiriam procedimentos próprios porque imporiam deveres ou sanções relativos à liberdade e integridade física e psíquica dos pais ou responsáveis. Sendo assim, exige-se que os interessados possam se manifestar ostentando a posição de titularidade de um dos polos de uma contenda, sendo, pois, credores de exercício do contraditório e da ampla defesa exarados em um processo próprio."[288]

Sustentando posição oposta, Fabiana Zapata, Flávio Frasseto e Marcos Gomes ensinam que "não são aplicáveis medidas protetivas aos pais ou responsáveis em procedimentos de apuração de ato infracional, já que este é voltado ao adolescente e sua responsabilização. Caso haja necessidade de imposição de medida protetiva a eles, deve-se buscá-la por meio do acionamento do Conselho Tutelar ou em procedimento próprio, com tramitação pela Vara da Infância e Juventude."[289] No mesmo sentido é a posição de Cristiane Dupret para quem "essas medidas não podem ser aplicadas pelo juiz em procedimento para apuração de ato infracional praticado por adolescente, pois os pais não são parte no processo."[290]

Entendemos que todas as medidas do artigo 129 do ECA necessitam de procedimento próprio. Isso porque, seu descumprimento pode gerar a infração administrativa do artigo 249 do Estatuto. Logo, a consequência de descumprir uma decisão judicial pode ser a aplicação de multa, de forma que é necessário seguir o contraditório e a ampla defesa ante a possibilidade de futura sanção.

4 - Maus-tratos, opressão ou abuso sexual:

O artigo 130 prevê a possibilidade da autoridade judiciária, em caráter cautelar, afastar o agressor da moradia comum quando verificada hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual. Infelizmente é comum que o autor das maiores violações aos direitos de crianças e adolescentes seja justamente aquele que deveria defendê-los: os pais ou responsável. Por isso, a medida se faz necessária para resguardar os direitos infanto-juvenis.

A decisão deve vir acompanhada da fixação provisória de alimentos para a criança e adolescente que dependam do agressor. O objetivo da regra é claro: evitar que o afastamento do lar seja um "prêmio" ao agressor que além de desrespeitar os direitos da criança/adolescente também deixaria de contribuir com o sustento da família. Assim, sem necessidade de iniciar imediatamente uma ação de alimentos, o juízo já fixa o valor que entende adequado no caso concreto.

---

[288] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 406.

[289] ZAPATA, Fabiana Botelho. FRASSETO, Flávio Américo. GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Direitos da criança e do adolescente; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (coleção Defensoria Pública: ponto a ponto), pág. 106.

[290] DUPRET, Cristiane. Estatuto da Criança e do Adolescente – Salvador: Juspodivm, 2019 (coleção resumos para concursos), pág. 164.

TÍTULO 5 – DO CONSELHO TUTELAR

1 - Introdução e conceito:

O Conselho Tutelar é um órgão que concretiza a doutrina da proteção integral, criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, permanente, autônomo e não jurisdicional, que tem como objetivo zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

O Conselho Tutelar é um órgão "inserido na estrutura da administração pública municipal, com natureza jurídica híbrida, pois, a um só tempo, desempenha atividade de interesse social (proteção) e administrativa."[291] Como consequência dessa afirmação, concluímos que eventual ato danoso praticado pelo Conselho Tutelar deve ser demandado em juízo em face do Município e não do próprio Conselho.

Sua característica de "concretização da doutrina da proteção integral" se deve ao fato que tal doutrina teve como consequência a "desjudicialização do atendimento" de crianças e adolescentes em situação de risco. A autoridade judiciária passou a desempenhar a competência que lhe é própria, ou seja, julgar. Ao Conselho Tutelar cabe o atendimento inicial das crianças e adolescentes em situação de risco (artigo 136, I).

Trata-se de órgão permanente, razão pela qual não pode ser extinto pelo Município.

A autonomia do Conselho Tutelar se dá no prisma funcional, ou seja, na independência do órgão de buscar a melhor solução para o caso concreto dentro de sua esfera de atribuição. A autonomia não impede que o Conselho Tutelar seja vinculado a determinada Secretaria municipal, pois, repita-se, tal autonomia é funcional e não administrativa.[292]

Sua natureza não jurisdicional significa que não compõe a estrutura do Judiciário e não exerce a jurisdição.

Por fim, de acordo com o artigo 131, o Conselho Tutelar zela pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. A parte final do dispositivo merece interpretação ampliativa. Isso porque, ao indicar que o Conselho zela pelos direitos "previstos nesta lei" pode ser compreendida no sentido de que somente os direitos do Estatuto poderiam ser resguardados pelo Conselho Tutelar. Todavia, qualquer lei que preveja direitos a crianças e adolescentes pode ser resguardada pelo Conselho Tutelar, desde que o fato se enquadre em alguma de suas atribuições (artigo 136 traz um rol de atribuições do CT).

2 - Criação dos Conselhos Tutelares:

De acordo com o artigo 262 do ECA, "enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária".

Vale destacar que tal dispositivo representa uma norma transitória. Atualmente, passado longo tempo da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, é inviável admitir que exista algum Município sem Conselho Tutelar criado, instalado e em pleno funcionamento.

Eventual Município que relute em criar seu Conselho Tutelar poderá ser demandado

---

[291] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 414.

[292] LIBERATI, Wilson Donizeti. CYRINO, Públio Caio Bessa. Op. cit. pág. 127.

face à sua omissão, sendo certo que o argumento da reserva do possível sucumbe ante o fato do Conselho fazer parte do mínimo existencial da população local.[293]

A criação do Conselho Tutelar deve se dar por lei e não por Decreto, "porque o serviço a ser por ele desempenhado é de natureza pública e de interesse local". Além disso, a "iniciativa da lei municipal é de competência do Poder Executivo local, tendo em vista que ela cria despesas para o Município (art. 134, parágrafo único do ECA)".[294] A afirmação se comprova pelo teor do artigo 134 que prevê disposições obrigatórias da lei municipal que trata do Conselho Tutelar, dentre as quais se inclui o gozo de férias anuais remuneradas com acréscimo de 1/3 do valor mensal e gratificação natalina – tais valores serão incluídas na lei orçamentária anual (artigo 134, PU). Não há dúvidas, portanto, que a iniciativa de lei deve recair sobre o chefe do Executivo.

3 - Quem pode ser Conselheiro Tutelar?

O artigo 133 traz os requisitos **mínimos** para que uma pessoa se candidate ao cargo de Conselheiro Tutelar. São **requisitos positivos**, já que o candidato os deve satisfazer para ser Conselheiro.

É preciso ter reconhecida idoneidade moral, o que é bastante subjetivo. Esse requisito permite a exigência da folha de antecedentes criminais do candidato ao cargo, caso a lei municipal assim estipule.

Outro requisito é a idade superior a vinte e um anos. Por idade "superior" a 21 anos devemos entender que é possível a candidatura de quem já completou 21 anos. Isso porque o ECA entrou em vigor quando da vigência do Código Civil de 1916. Em tal diploma a capacidade plena só se atingia aos 21 anos. Vejamos o artigo 9° da legislação revogada: "*Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.*" É inegável que o ECA buscou atribuir a possibilidade de candidatura àqueles que, de acordo com a legislação civil vigente, eram considerados plenamente capazes. Por isso, na data de aniversário de 21 anos, já é possível ser Conselheiro Tutelar.

Importante ressaltar que o advento do Código Civil de 2002, quando o término da incapacidade passou a ser aos 18 anos, em nada altera a redação do Estatuto. Se essa fosse a vontade do legislador, teria feito tal alteração juntamente com o próprio Código Civil, mas isso não ocorreu. Assim, a despeito da atual idade de 18 anos para atingir a capacidade plena, permanece a necessidade de completar 21 anos para ser Conselheiro Tutelar.

O último requisito previsto no ECA é a residência do candidato a Conselheiro no Município.

Por outro lado, o artigo 140 traz **requisitos negativos** para o cargo de Conselheiro, consistente em impedimentos decorrentes de relação de parentesco. Não podem servir no mesmo Conselho, marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado.

O artigo 140 do ECA não impede que essas pessoas concorram ao cargo de Conse-

---

[293] Nesse sentido: STF - RE 488.208/SC, Rel. Min. Celso de Mello.

[294] LIBERATI, Wilson Donizeti. CYRINO, Públio Caio Bessa. Op. cit. pág. 143.

lheiro Tutelar. Ele impede que sirvam no mesmo Conselho. Logo, entendemos que se os parentes acima enumerados concorrem ao cargo e ganham a eleição, deverá ser excluído aquele que obteve menor votação, com nomeação do seguinte na lista de suplentes.

O artigo 140, PU do ECA estende o impedimento do conselheiro que tiver uma relação de parentesco exposta no *caput* com a autoridade judiciária ou representante do Ministério Público. Assim, a esposa do magistrado com competência de infância não poderá ser Conselheira na comarca em que atua seu marido. Importante: esse impedimento existe apenas se o magistrado ou membro do MP tiver competência/atribuição para infância na mesma comarca em que seu familiar pretende ser Conselheiro.

Por fim, o artigo 140, parágrafo único, não admite interpretação extensiva, de forma que outros atores que atuam diretamente com a infância não dão ensejo ao impedimento. É o caso do Defensor Público com atribuição para infância ou mesmo um advogado da Comissão de Infância da OAB local.

3.1) Processo de escolha dos Conselheiros:

O artigo 139 do ECA dispõe que o processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em lei municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com fiscalização pelo Ministério Público.

A atual redação foi dada pela Lei 8.242 de 1991. A redação original previa que a eleição era feita sob a presidência pelo juiz eleitoral, com fiscalização do Ministério Público. A alteração veio em boa hora, já que a eleição para Conselheiro deve envolver a comunidade local, razão pela qual o Conselho Municipal é o órgão mais adequado e não o juiz eleitoral.

A lei 12.696 de 2012 acrescentou os parágrafos que hoje constam no artigo 139 do ECA. O § 1° fez a previsão da eleição unificada em todo o território nacional, sempre no ano seguinte às eleições presidenciais e no primeiro domingo de outubro. Exemplo: no ano de 2018 houve eleições presidenciais; portanto, a eleição para Conselheiro Tutelar, em todo o território nacional, deve ser realizada no primeiro domingo de outubro de 2019.

A posse ocorrerá no dia 10 de janeiro do ano subsequente ao processo de escolha[295]. Tomando o exemplo acima, a posse deve se realizar em 10 de janeiro de 2020.

Diz o § 3° que no processo de escolha dos membros é vedado ao candidato doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive brindes de pequeno valor.

Liberati e Cyrino ensinam que o processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar fundamenta-se em quatro pontos básicos de validade e eficiência: "a) sua previsão em lei municipal, que verificará e atenderá às suas peculiaridades no que diz respeito à forma de escolha; b) que as escolhas dos conselheiros seja realizada pela comunidade municipal; c) que o processo de escolha seja realizado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente; e, d) sua fiscalização pelo Ministério Público."[296]

---

[295] Art. 139, § 2° do Estatuto.

[296] LIBERATI, Wilson Donizeti. CYRINO, Públio Caio Bessa. Op. cit. pág. 151.

A regulamentação das eleições trazida pelo Estatuto não deve ser considerada exaustiva. A lei municipal pode prever outros requisitos, desde que revestidos de razoabilidade e compatível com as atribuições do cargo. Necessário observar: só a lei pode impor novos requisitos; não cabe ao edital ou mesmo resolução do Conselho Municipal criar condições não previstas em lei para acesso ao cargo.

Nesse contexto, é possível que a lei municipal exija experiência mínima na atuação com crianças e adolescentes ou escolaridade mínima.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de aplicar prova escrita para os candidatos ao Conselho Tutelar. O STJ entende possível.[297] O fundamento é que, em tal caso, a lei municipal estaria suplementando a legislação federal, com respaldo no artigo 30, II da CRFB.

A aplicação de provas escritas é comum em diversos Municípios do Brasil. Diante disso, coloca-se outra questão: quem pode fazer parte da banca examinadora?

Entendemos que cabe à lei municipal tratar dos requisitos para integrar a banca, mas nos manifestamos contrariamente à participação de magistrados, membros do Ministério Público ou Defensores Públicos. Isso porque essas Instituições possuem atuação direta com a Infância e Juventude, muitas vezes precisando impugnar atos do próprio Conselho Tutelar. Logo, participar da banca examinadora pode representar uma aproximação indesejável entre a organização do Conselho Tutelar e as Instituições que, muitas vezes, controlam justamente a atuação do Conselho.

É claro que essa noção fica muito evidente quando estamos diante do Ministério Público, pois é quem fiscaliza as eleições, de forma que a participação no processo de escolha pode afetar negativamente a independência do Promotor de Justiça. Também é clara quando tratamos do magistrado que poderá julgar algum pleito relacionado ao assunto. Todavia, a Defensoria também deve se afastar dessa relação próxima com a escolha dos Conselheiros, tendo em vista sua legitimidade para Ação Civil Pública (art. 5°, II da Lei 7.347/85) e possibilidade de usar esse instrumento para impugnar a eleição.

3.2) Recondução dos Conselheiros Tutelares:

Após sucessivas alterações legislativas, atualmente o artigo 132 do ECA possui a redação dada pela Lei 13.824 de 2019. Essa legislação permitiu que houvesse reconduções ao cargo de Conselheiro Tutelar, sem qualquer limitação. Anteriormente era possível apenas uma recondução ao cargo.

Dessa forma, será possível que uma pessoa, passando por sucessivos processos de escolha, seja Conselheiro Tutelar por toda a vida, o que, para os defensores da nova legislação, irá ter como consequência a profissionalização do cargo.

4 - Composição do Conselho Tutelar:

O Conselho Tutelar é composto por 5 membros, de acordo com o artigo 132 do ECA.

Nesse particular, algumas observações se fazem necessárias:

---

[297] AgRg na MC 11.835/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2007.

a. Por ter sido regulamentado de maneira clara e direta pelo ECA, não cabe à legislação municipal alterar o número de integrantes do Conselho Tutelar. Serão sempre 5 integrantes! Não pode haver lei municipal fixando número maior ou menor de conselheiros.

b. Em caso de vacância deve ser nomeado o conselheiro imediatamente posterior na lista de votação. Não havendo outros conselheiros na lista de espera (suplentes) é preciso convocar novas eleições para preencher somente o cargo vago[298].

c. A previsão de 5 membros tem como objetivo deixar claro que o Conselho Tutelar é um órgão colegiado. Dessa forma, "como consequência da estrutura colegiada do conselho tutelar, surge a necessidade de qualquer deliberação do órgão ser resultado da manifestação de vontade da maioria ou unanimidade dos conselheiros – e não de um isoladamente -, a depender do que for estipulado na lei especial de regência ou no regimento interno."[299]

Os membros do conselho tutelar possuíam direito à prisão especial, de acordo com a redação originária do artigo 135 do ECA. Todavia, o atual regramento, dado pela Lei 12.696/2012, afastou a prisão especial e se limitou a afirmar que o exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.

5 - Atribuições do Conselho Tutelar:

O artigo 136 do ECA traz as atribuições do Conselho Tutelar em doze incisos. Além desses incisos, podemos citar a atribuição prevista no artigo 95 que cuida da fiscalização das entidades de atendimento governamentais e não governamentais, sendo certo que o Conselho é expressamente legitimado para iniciar o procedimento de apuração de irregularidade (artigo 191).

O inciso I menciona o atendimento de crianças e adolescentes nas hipóteses do artigo 98 (situação de risco) e 105 (criança que comete ato infracional), com aplicação de medidas protetivas. Sobre a aplicação de medida protetiva de acolhimento institucional pelo Conselho Tutelar, remetemos o leitor ao Título 2, Capítulo 2, item 5.2.

Nesse inciso é importante reforçar que crianças que cometam atos infracionais não recebem medida socioeducativa, mas tão-só medida protetiva. A atribuição para aplicar essa medida é do Conselho Tutelar. A criança não se sujeitará a um processo para apuração de ato infracional (artigo 171 e seguintes do Estatuto). Portanto, a criança a quem se imputa ato infracional deve ser encaminhada ao Conselho Tutelar e não ao juízo da infância e juventude. Na hipótese de ato infracional praticado por adolescente, com aplicação pelo juízo de medida protetiva, o Conselho a providenciará (artigo 136, VI c/c artigo 112, VII).

Nesse ponto vale observar que a atuação do CT não se confunde com a atuação das

---

298 TAVARES, Patrícia Silveira. O Conselho Tutelar. . In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 592.

299 TAVARES, Patrícia Silveira. O Conselho Tutelar. Op. cit. pág. 579/580.

entidades de atendimento. Por isso, o CT não executa medidas de proteção ou socioeducativas, pois "sua esfera de atribuição é inserir a criança ou adolescente nas medidas de proteção, fiscalizando o seu cumprimento e promovendo meios para que ela se efetive, enquanto a execução é exclusiva das entidades de atendimento."[300]

O Conselho também possui atribuição para atender e acompanhar os pais ou responsável, podendo aplicar as medidas expostas nos incisos I a VII do artigo 129. As medidas contidas nos incisos VIII, IX e X implicam em afastamento do convívio familiar. Nessas hipóteses, o Conselho deve comunicar o fato ao Ministério Público (artigo 136, parágrafo único e artigo 136 XI).

O Conselho Tutelar não pode aplicar diretamente uma sanção a quem descumpre suas determinações.[301]Todavia, é possível que o Conselho requisite serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança. Ademais, pode representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações, sendo certo que também lhe é dado expedir notificações e requisitar certidões de nascimento e óbito de criança e adolescente.[302]É de se lembrar que a "requisição" configura uma ordem, de forma que não pode ser descumprida pelo oficial de cartório responsável por emitir a certidão.

O CT também faz encaminhamentos ao Ministério Público para possíveis fatos que constituam infração administrativa ou penal contra os direitos da criança e adolescente, além de encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência e representar em nome da pessoa e da família contra a violação de direitos relacionado às emissoras de rádio e televisão.[303]

Com a atuação diária nas questões envolvendo crianças e adolescentes é natural que o CT obtenha grande experiência nos problemas sociais do Município. Por isso, cabe ao Conselho assessorar o Executivo na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, também lhe competindo promover e incentivar, na comunidade e nos grupos profissionais, ações de divulgação e treinamento para o reconhecimento de sintomas de maus-tratos em crianças e adolescentes.

6 - Competência do Conselho Tutelar:

A competência de atuação do Conselho Tutelar está prevista no artigo 138, que remete ao artigo 147 do ECA.

Assim, três regras ditam qual Conselho Tutelar deve atuar em cada caso[304]:

a. Tratando-se de providência afeta à área cível/protetiva do Direito da

---

[300] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 429.

[301] ZAPATA, Fabiana Botelho. FRASSETO, Flávio Américo. GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Op. cit, pág. 111.

[302] Art. 136, inciso III, VII e VIII.

[303] Incisos IV, V e X.

[304] LIBERATI, Wilson Donizeti. CYRINO, Públio Caio Bessa. Op. cit. págs. 205/206.

Criança e Adolescente, o CT com atribuição será o do domicílio dos pais ou responsável ou do lugar onde se encontre a criança/adolescente, à falta dos pais ou responsável (artigo 147, incisos I e II);

b. Em caso de ato infracional praticado por criança, o CT com atribuição para aplicar medidas protetivas é o que abarca a área em que ocorreu a ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção;

c. Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão (a atribuição do Conselho para esses casos está expressa no artigo 136, X), que atinja mais de uma comarca, terá atribuição o CT do local da sede estadual da emissora ou rede.

7 - Revisão dos atos do Conselho Tutelar e consequência do descumprimento de suas decisões:

A revisão das decisões do Conselho Tutelar é feita exclusivamente pela autoridade judiciária. Assim, se o Ministério Público, a Defensoria Pública ou mesmo uma pessoa que se sinta prejudicada quiserem desconstituir a decisão do Conselho Tutelar, devem pedir revisão à autoridade judiciária. Não cabe a essas Instituições reverem diretamente os atos do Conselho Tutelar.

Vale notar que o impedimento ou embaraço à ação do Conselho Tutelar pode configurar o crime do artigo 236 do ECA e o descumprimento das determinações do CT dão ensejo à infração administrativa do artigo 249. Dessa maneira, enquanto não desconstituída a decisão do Conselho pela autoridade judiciária, deve haver seu cumprimento, sob pena do infrator incorrer em sanção penal ou administrativa.

8 - Afastamento do Conselheiro Tutelar de suas funções:

A lei municipal pode prever forma administrativa para afastamento do Conselheiro Tutelar, devendo ser assegurada a ampla defesa e o contraditório como ocorre em todo processo administrativo.

Na esfera judicial, Rossato, Lépore e Sanches indicam a possibilidade de Ação Civil Pública para impugnação de candidatura e posse; Ação de Improbidade Administrativa (que é uma espécie de Ação Civil Pública); Ação Popular a ser ajuizada pelo cidadão e, por fim, Ação de Impugnação de candidatura apresentada pelo interessado.[305]

---

[305] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 427/428.

TÍTULO 6 – DO ACESSO À JUSTIÇA

No Título VI do ECA há regulamentação minuciosa sobre importantes aspectos da atuação prática da defesa dos direitos de crianças e adolescentes perante o Judiciário. É nesse Título que estão as disposições sobre competência, procedimentos, recursos e tutela coletiva.

Esses temas serão abordados nos próximos capítulos.

CAPÍTULO 1 – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

1 - Atuação das Instituições do sistema de justiça:

O artigo 141 do ECA garante à toda criança e adolescente o acesso à Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário. Em outras palavras: as carreiras públicas que compõem o sistema de justiça devem estar abertas ao atendimento direto de crianças e adolescentes. Não há condicionantes para isso, de forma que não cabe ao magistrado, por exemplo, negar atendimento ao público infanto-juvenil ao argumento de que "só atende advogados".

O artigo 141, § 1° garante a assistência judiciária gratuita através de defensor público ou advogado nomeado. Duas observações devem ser feitas:

a. A menção ao "advogado nomeado" é feita porque inúmeras comarcas no Brasil não contam com a atuação da Defensoria Pública. Caso a Defensoria esteja instalada na comarca, sobre ela deve recair a tarefa de prestar assistência jurídica; não há qualquer discricionariedade judicial para decidir se irá nomear a Defensoria ou o advogado. Portanto, a atuação do "advogado nomeado" é subsidiária;

b. Apesar do Estatuto se referir a assistência "judiciária" gratuita, o correto é assistência "jurídica" gratuita. Esse último conceito se afina com o artigo 5°, LXXIV da CRFB e tem caráter mais amplo, já que "atualmente, a atuação da Defensoria Pública inegavelmente transborda os limites dos processos judiciais, o que se justifica pelo aumento da utilização de instrumentos não judiciais de tutela de direitos".[306]Portanto, orientações jurídicas se incluem na tarefa da Defensoria Pública, sem necessidade de posterior ingresso no Judiciário.

2 - Gratuidade de justiça:

O artigo 141, § 2° afirma que as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

O que o ECA prevê é a gratuidade de justiça, ou seja, a possibilidade de ingressar em juízo sem se preocupar com os obstáculos econômicos do processo.

---

[306] SEABRA, Gustavo Cives. Defensoria Pública – Leis Especiais para Concursos, v.9/coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 9 edição, revista, ampliada e atualizada – Salvador: Juspodivm, 2018, pág. 47.

É importante deixar claro que essa norma, repetida no artigo 198, I do ECA, se destina a facilitar o acesso à justiça de crianças e adolescentes e não de terceiros que porventura estejam nos autos.

Nesse sentido, confira-se interessante julgado do STJ:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90). INFRAÇÃO. APELAÇÃO DESERTA. ISENÇÃO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 198, I, DO ESTATUTO. REGRA DIRIGIDA A CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA.*
>
> 1. *A isenção de custas e emolumentos, prevista na Lei 8.069//90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), deferida às crianças e adolescentes, na qualidade de autoras ou rés, nas demandas ajuizadas perante a Justiça da Infância e Juventude, não é extensível aos demais sujeitos processuais, que, eventualmente figurem no feito.(...)*
> 2. *In casu, trata-se de procedimento iniciado perante o Juízo da Vara de Família, da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Cabo Frio, em razão da lavratura de autos de infração, por Comissário do Juizado de Menores da Comarca de Cabo Frio-RJ, em face de empresa de entretenimento, com fulcro no art. 258, da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, o quais foram julgados procedentes pelo Juízo singular, para aplicar multa de 20 (vinte) salários mínimos, em cada um dos referidos autos, consoante sentença de fls. 21/23.(...)*(REsp 983.250/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009)

Portanto, apesar da literalidade do ECA, não são todos os atores processuais que poderão participar em juízo com dispensa das despesas processuais, mas somente aqueles que estiverem atuando em favor da criança ou adolescente.

3 - Curadoria especial:

O artigo 142, *caput* do Estatuto trata da representação aos menores de 16 anos e da assistência aos maiores de 16 e menores de 21 anos. Essa normativa estava em consonância com o Código Civil de 1916. Atualmente, não há que se falar em assistência àquelas que estiverem na faixa de 18 a 21 anos, pois são totalmente capazes, de acordo com o artigo 4°, I c/c 5°, ambos do Código Civil.

O artigo 142, PU prevê que a autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

O que vemos é que a curadoria especial estipulada no ECA terá duas hipóteses de cabimento:

A primeira ocorre quando "embora o incapaz possua quem o represente ou assista em juízo, a atuação da curadoria especial se revela necessária em virtude da colidência de interesses entre o indivíduo incapacitado e aquele que exerce sua representação processual(...) Dessa forma, por não possuir o incapaz condições de estar sozinho em juízo e por estar sua representação processual comprometida pela contraposição de interesses, a atuação da curadoria especial constitui medida indispensável para garantir *legitimatio ad*

processum à parte civilmente incapacitada."[307]

A segunda ocorre quando não houver representante ou assistente. É o exemplo de uma criança cujos pais faleceram e não há qualquer notícia de parentes próximos.

Em ambos os casos, a curadoria pode atuar tanto no polo ativo quanto no polo passivo da demanda. No exemplo de uma criança com pais falecidos e sem notícia de parentes, a curadoria pode ingressar com pedido em juízo para que sejam aplicadas as medidas protetivas que o caso requer.

Outra observação se faz necessária: apesar do artigo 142, parágrafo único afirmar que "a autoridade judiciária dará curador especial", entendemos que a regra deve ser interpretada de forma extensiva. Isso porque a atuação da curadoria especial não deve depender de uma nomeação da autoridade judiciária e menos ainda se vincular à atuação judicial. Basta voltar ao exemplo de uma criança sem representante legal. A curadoria, tendo conhecimento da situação, poderá pedir diretamente aos cartórios a segunda via de documentos que a criança necessita. Não seria razoável imaginar que todas essas situações demandariam a postulação perante o Judiciário.

Por fim, deve ficar claro que a curadoria especial é função exclusiva da Defensoria Pública, conforme artigo 72, PU do CPC e 4°, XVI da LC 80/94.

4 - Divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos:

Com o objetivo de resguardar a intimidade e dignidade de crianças e adolescentes a quem se atribui autoria de ato infracional, o artigo 143 veda a divulgação dos atos judiciais, policiais e administrativos.

É essencial ressaltar que "essa vedação não se encerra se o adolescente atingir a maioridade e permanecer em cumprimento de medida socioeducativa, pois lhe é estendida a prescrição legal em virtude do Metaprincípio da Proteção Integral, mantendo-se, assim, hígida a tutela estatutária dos seus direitos fundamentais, tal como o direito ao respeito."[308]

Eventuais notícias a respeito do fato não poderão identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome (artigo 143, PU).

Caso violada a proibição constante no artigo 143 do ECA, resta cabível ação de reparação civil pela parte interessada e também dano moral coletivo a ser ajuizado pelos legitimados. O dano decorrente da violação ao artigo 143 do ECA é *in re ipsa*.[309]

Além disso, a não observância do artigo 143 e seu parágrafo único do ECA dá ensejo à infração administrativa descrita no artigo 247 do Estatuto.

Por fim, caso seja necessária a expedição de cópia ou certidão dos atos descritos no artigo 143, deverá ser feito pedido à autoridade judiciária com a demonstração do in-

---

307 ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 3ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 552.

308 ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 436.

309 Nesse sentido: STJ - AgRg no REsp 1354696/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014

teresse e justificativa da finalidade (art. 144).

CAPÍTULO 2 – DA COMPETÊNCIA

1 - Disposições gerais:

A partir do artigo 145 o ECA trata da competência das Varas especializadas de infância e juventude. Todavia, o capítulo não utiliza a palavra "competência", mas se refere à "Justiça da Infância e da Juventude". Acreditamos que o legislador não agiu com acerto, pois não se trata de uma "justiça especializada", tendo em vista que pertence à Justiça estadual, que é considerada "justiça comum".

Essa imprecisão não retira o mérito do Estatuto ter buscado ressaltar que, dentro do Judiciário estadual, existe um ramo específico que merece total atenção e profissionalização diferenciada: a Vara da Infância e Juventude.

Nesse sentido é o teor do artigo 145 ao tratar dessas "varas especializadas e exclusivas". Cabe ressaltar que essa especialização "não se trata de comando cogente, pois a competência constitucional para organização judiciária é dos estados e do distrito federal. Vale dizer, lei federal não poderia determinar a criação de varas especializadas, sob pena de usurpação de competência, em violação ao art. 125 e seu parágrafo primeiro [da CRFB]."[310] Justamente por esse motivo o artigo 145 diz que "poderão" ser criadas varas especializadas e exclusivas.

O cenário atual é de varas especializadas e exclusivas nas grandes metrópoles, ao passo que em cidades menores as varas com competência para infância costumam a ter competência também para outras matérias como família e idoso.

2 - Competência territorial:

O artigo 147 do ECA dispõe sobre a competência territorial e traz dois incisos e três parágrafos.

Nos incisos I e II do artigo 147 encontram-se as disposições sobre a competência territorial relacionada à matéria cível (protetiva) do Estatuto. O § 1° disciplina a competência territorial da matéria infracional. O § 2° cuida da competência territorial de execução de medidas socioeducativas e protetivas; e, o § 3° se refere à competência para infrações cometidas através de transmissão simultânea de rádio ou televisão.

Registre-se que no caso de tutela coletiva, a competência territorial está estampada no artigo 209 do ECA.

2.1) Competência territorial em matéria cível (protetiva):

A competência territorial em matéria cível/protetiva possui uma regra principal e outra subsidiária. Com efeito, a competência se dá pelo domicílio dos pais ou responsável. Subsidiariamente, à falta dos pais ou responsável, a competência é fixada pelo lugar onde

---

[310] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 221.

se encontre a criança ou adolescente.

Essa competência disposta no artigo 147, incisos I e II é chamada de princípio do juiz (ou juízo) imediato. Ela se caracteriza por atribuir competência ao juízo que está mais próximo do local em que a criança e o adolescente exerce a convivência familiar e comunitária.

Nessa linha é a súmula 383 do STJ, nos seguintes termos: "A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda."

Vale mencionar que o STJ já excepcionou sua súmula em caso extremamente peculiar. Na hipótese, os pais de uma criança foram vítimas de latrocínio após terem ganhado elevada quantia na loteria. Após a morte, e ainda sem saber da autoria delitiva, a criança ficou com os assassinos dos genitores (!) que eram membros da família. Descoberta a autoria delitiva, a criança passou para a guarda da Delegada de Polícia que investigou os fatos. Ocorre que os avós, que moravam em local distante, pediram a guarda alegando que eram integrantes da família extensa. O pedido foi feito na cidade de residência dos avós e não no local do guardião da criança.

Diante da celeuma do caso concreto e verificando que, a princípio, ocorreu erro do juízo ao deferir a guarda à Delegada e deixando de lado a família extensa, o STJ fixou a competência na cidade em que residiam os avós, que eram pessoas de parcos recursos econômicos e não teriam condições de se deslocar para a comarca de domicílio do guardião da criança.[311]

Ressalte-se que o caso é bastante peculiar e por isso a Corte Superior excepcionou a própria súmula.

***Perpetuatio jurisdictionis* X Princípio do juízo imediato**: questão interessante é aquela que confronta a perpetuação da jurisdição (*rectius*, perpetuação da competência) com o princípio do juízo imediato.

De acordo com abalizada doutrina, "ao impedir que alterações supervenientes de fato ou de direito afetem a competência da demanda, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* impede que o processo seja itinerante, tramitando sempre aos sabores do vento, mais precisamente aqueles gerados por mudanças de fato (por exemplo, domicílio) ou de direito (por exemplo, uma nova lei afirmando que todo torcedor da Portuguesa deve ser demandado no foro de seu domicílio). A fixação, por outro lado, serve também para evitar eventuais chicanas processuais de partes imbuídas de má-fé, que poderiam gerar constantemente mudanças de fato para postergar a entrega da prestação jurisdicional."[312]

Esse princípio está estampado no artigo 43 do CPC/2015 que prevê duas exceções: a) supressão de órgão judiciário; b) alteração da competência absoluta.

Seguindo esse raciocínio, poderíamos concluir que a *perpetuatio jurisdictionis* se aplicaria integralmente diante das hipóteses contidas no artigo 147, incisos I e II do ECA. Isso porque, tais incisos cuidam de competência territorial que, em regra, é relativa.

---

[311] CC 128.698/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014.

[312] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 10 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, pág. 275.

Todavia, o STJ entende de forma diversa e faz prevalecer o princípio do juízo imediato, já que esse reflete competência absoluta e não relativa:

> PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETENCIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO DA CRIANÇA E DAQUELES QUE DETÉM SUA GUARDA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONES X JUIZ IMEDIATO. PREVALÊNCIA DESTE ÚLTIMO NA HIPÓTESE CONCRETA.
>
> 1. Conforme estabelece o art. 87 do CPC *[refere-se ao CPC de 1973]*, a competência determina-se no momento da propositura da ação e, em se tratando de hipótese de competência relativa, não é possível de ser modificada ex officio. Esse mencionado preceito de lei institui, com a finalidade de proteger a parte, a regra da estabilização da competência (perpetuatio jurisdictionis).
> 2. O princípio do juiz imediato vem estabelecido no art. 147, I e II, do ECA, segundo o qual o foro competente para apreciar e julgar as medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias positivados no ECA, é determinado pelo lugar onde a criança ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária.
> 3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta, nomeadamente porque expressa norma cogente que, em certa medida, não admite prorrogação.
> 4. A jurisprudência do STJ, ao ser chamada a graduar a aplicação subsidiária do art. 87 do CPC frente à incidência do art. 147, I e II, do ECA, manifestou-se no sentido de que deve prevalecer a regra especial em face da geral, sempre guardadas as peculiaridades de cada processo.(...) (CC 119.318/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012)

Portanto, como consequência do posicionamento do STJ, caso haja alteração do domicílio da criança/adolescente e dos detentores de sua guarda, a competência deve ser declinada para o local da nova residência, já que o artigo 147 traz regras de competência absoluta.

2.2) Competência territorial em matéria infracional:

O artigo 147, § 1° do ECA traz a competência territorial em matéria infracional e sua fixação se dá no lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção.

É preciso observar que a norma do ECA não coincide com a norma do Código de Processo Penal. Deveras, pelo CPP, a regra é que a competência se fixe no lugar do resultado (artigo 70 do CPP – **teoria do resultado**) ao passo que o ECA fixa a competência no lugar da ação ou omissão (**teoria da atividade**). Na mesma linha do ECA, está a lei dos juizados especiais criminais que também fixou a competência territorial com base na **teoria da atividade** (artigo 63 da Lei 9.099/95).

COMPETÊNCIA TERRITORIAL	
Ato infracional – Estatuto da Criança e do Adolescente	**Teoria da atividade – artigo 147, § 1° do ECA**
Crime – Código de Processo Penal	**Em regra, adota-se a teoria do resultado – artigo 70 do CPP**
Juizados Especiais Criminais	**Teoria da atividade – artigo 63 da Lei 9.099/95**

Questão interessante diz respeito à prática de ato infracional em detrimento de bens da União (um ato análogo a roubo contra a Caixa Econômica Federal, por exemplo). A Justiça competente nesse caso seria a federal da localidade em que ocorreu a ação ou omissão?

O STJ confere interpretação restritiva ao artigo 109, IV da CRFB e entende que os atos infracionais não se enquadram no inciso, já que a redação constitucional se refere a "**crimes**" e o ato infracional não é um crime: *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. MOEDA FALSA. ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. ART. 109, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Ainda que a conduta praticada determine a competência da justiça federal, por caracterizar ofensa aos interesses da União, sendo o autor dos fatos inimputável não há que se falar em crime, mas, sim, ato infracional, afastando a aplicação do art. 109, IV da Constituição Federal. (...)* (CC 86.408/MA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2007)

Por fim, uma observação se faz necessária: diferente do exposto no item anterior, a competência para o procedimento de apuração do ato infracional não é alterada com a mudança de residência do adolescente autor. Logo, praticado o ato infracional em determinada comarca, nessa haverá o julgamento, mesmo que o adolescente mude para outra comarca.[313]

2.3) Competência para execução das medidas:

O artigo 147, § 2° do ECA estabelece que a execução das medidas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente.

É importante fazer a distinção do artigo 147, § 1° para o artigo 147, § 2°. Com efeito, a apuração do ato infracional se dará no local da ação ou omissão. Incide a regra do artigo 147, § 1°. Por outro lado, havendo a aplicação de medida socioeducativa, a execução será acompanhada pelo juízo em que se situa a entidade de atendimento (no caso das medidas que privam a liberdade – internação e semiliberdade) ou pelo juízo da residência do adolescente (no caso das medidas de meio aberto).

Resumindo: o artigo 147, § 1° trata da competência para o processo de conhecimento que apura ato infracional ao passo que o artigo 147, § 2° cuida da competência para o processo de execução.[314]

---

[313] Nesse sentido: STJ CC 121.608/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012.

[314] Nesse sentido: STJ CC 156.903/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado

2.4) Competência em casos de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão que atinja mais de uma comarca:

O § 3° do artigo 147 cuida das infrações cometidas através de transmissão simultânea de rádio ou televisão que atinja mais de uma comarca. Quando o ECA se refere à infração, ele está tratando das infrações administrativas (artigo 245 e seguintes do Estatuto). Como exemplo podemos citar o artigo 247, § 2° do ECA que se refere à divulgação total ou parcial, e sem autorização, de alguma identificação de criança ou adolescente a quem se imputa ato infracional. Se essa divulgação se der por meio da imprensa (é o caso do § 2°) a competência se fixará conforme o artigo 147, § 3°.

Assim, será competente a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo Estado.

3 - Competência em razão da matéria:

O artigo 148 do ECA traz as matérias que são julgadas pela Vara da Infância e Juventude.

É preciso fazer uma distinção entre o artigo 148, *caput* e o artigo 148, parágrafo único.

Com efeito, no *caput* há hipóteses em que a competência da Vara da Infância é exclusiva, ou seja, não apresenta qualquer condicionamento para que o juízo com competência para infância e juventude atue.

Já no artigo 148, parágrafo único há uma condicionante para instaurar a competência do juízo da infância ou juventude, qual seja: a situação de risco (artigo 98 do ECA). Em outras palavras: as matérias tratadas no artigo 148, PU do ECA, em regra, não darão ensejo à competência do juízo da infância. Todavia, se a criança ou adolescente estiver enquadrado em alguma das hipóteses do artigo 98, a competência será da Vara da Infância.

Há quem chame o artigo 148, PU do ECA de "competência concorrente". Entendemos que a terminologia é inadequada, tendo em vista que não se trata de competência concorrente, mas sim competência **condicionada**. Assim, presente uma hipótese caracterizadora da situação de risco a competência da Vara infantojuvenil será absoluta e exclusiva.

3.1) Competência exclusiva – artigo 148, caput:

Há sete hipóteses de competência exclusiva da Vara de Infância e Juventude:

Apuração de ato infracional: os incisos I e II podem ser reunidos em uma única hipótese – apuração de ato infracional. Isso porque a remissão mencionada no inciso II ocorre justamente em um processo que visa apurar ato infracional atribuído ao adolescente.

Adoção e seus incidentes: a adoção de crianças e adolescentes é outra hipótese de competência exclusiva da Vara da Infância e Juventude. Vale lembrar que é possível

---

em 11/04/2018 e STJ CC 160.215/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2018.

a adoção de adultos e nesse caso a competência será da Vara de Família, como já comentamos no Título 2, Capítulo 7, item 2.1, ao qual remetemos o leitor.

Conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209: o inciso IV é bastante abrangente e abarca a tutela coletiva e a tutela individual.

A título de exemplo, o STJ fixou a competência da Vara de Infância para julgar mandado de segurança envolvendo interesse individual de adolescente relacionado à educação:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MENOR PÚBERE. MATRÍCULA EM CURSO SUPLETIVO. ART. 148, IV, C/C ART. 209 DO ECA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E DO ADOLESCENTE.
>
> 1. Discute-se no apelo a competência para apreciar mandado de segurança impetrado contra dirigente de instituição de ensino, com o objetivo de se assegurar ao menor de 18 anos matrícula no exame supletivo e, em sendo aprovado, a expedição do certificado de conclusão do ensino médio.
> 2. A pretensão deduzida na demanda enquadra-se na hipótese contida no art. 148, IV c/c art. 209, do ECA, sendo da competência absoluta do Juízo da Vara da Infância e da Juventude a apreciação das controvérsias fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos vinculados à criança e ao adolescente. Precedentes. (...)(REsp 1217380/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011)

Na mesma linha é a posição da Corte Superior quando trata de tutela coletiva, de forma a prevalecer a competência da Vara da Infância em detrimento da competência da Vara de Fazenda Pública:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS OU COLETIVOS VINCULADOS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. (...). JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUE RECONHECE A COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.
>
> (...) 5. Ainda que se conhecesse do mérito recursal, melhor sorte não assistiria ao recorrente, pois a competência da Vara da Infância e da Juventude é absoluta e justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado, nos termos do art. 208, VII do ECA, bem como por se tratar de questão afeta a direitos individuais, difusos ou coletivos do infante, nos termos dos arts. 148, inciso IV, e 209, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ. 6. O Estatuto da Criança e Adolescente é lex specialis e prevalece sobre a regra geral de competência das Varas de Fazenda Pública, quando o feito envolver Ação Civil Pública em favor da criança ou adolescente, na qual se pleiteia acesso às ações ou serviços e saúde, independentemente de a criança ou o adolescente estar em situação de abandono ou risco (REsp 1251578/SE, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje 10/10/2012). (...) (REsp 1684694/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017)

Portanto, o inciso IV do artigo 148 é aberto à análise da competência da Vara de Infância diante do caso concreto e, de acordo com o entendimento do STJ, pode ser utilizado para ações individuais e coletivas.

Conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento: a competência nesse caso é exclusiva e o procedimento para apuração dessas irregularidades está estampado no artigo 191 e seguintes do ECA.

Conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar: trata-se do inciso VII do artigo 148 que precisa ser combinado com o artigo 136, V do Estatuto que confere a atribuição do Conselho Tutelar de encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência.

3.2) Competência condicionada:

O artigo 148, parágrafo único regula a competência da Vara de Infância condicionada à existência de situação de risco (artigo 98 do ECA).

Os casos ali enumerados, em regra, seriam da competência da Vara de Família. Isso fica claro na alínea "a" que menciona os pedidos de guarda e tutela e alínea "g" que se refere à ação de alimentos. Todavia, existente a situação de risco, a competência passa para a Vara de Infância.

Sobre a expedição de alvará para viagens de crianças e adolescentes, remetemos o leitor ao Título 3, Capítulo 5, item 5 dessa obra.

4 - Caráter exemplificativo do artigo 148:

Abalizada e numerosa doutrina entende que o artigo 148 do ECA expressa rol meramente exemplificativo de competência da Vara de Infância. Nesse sentido é dito que "há algumas ações não previstas no art. 148 do ECA que são típicas da competência exclusiva da Vara da Infância: execução de medida protetiva de acolhimento familiar e institucional; ação de afastamento do convívio familiar; ação de revisão de decisão do Conselho Tutelar; autorização de viagem e expedição de passaporte em caso de suprimento de consentimento de um dos pais que esteja ausente."[315]

Não obstante os bons argumentos trazidos a favor dessa tese, entendemos que a competência da Vara de Infância não pode ser presumida por estarmos diante de um caso que possui relação com a seara infanto juvenil.

As matérias que não estão no artigo 148 do ECA não podem ser destinadas à Vara da Infância, salvo se ato do Tribunal de Justiça local atribuir tal competência. Nesse caso, estaríamos diante de exercício da autonomia do Judiciário local para impor competência a determinada Vara, o que é diferente de atribuir matérias à competência da infância por uma suposta lógica.

---

[315] ZAPATA, Fabiana Botelho. FRASSETO, Flávio Américo. GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Op. cit, pág. 119. No mesmo sentido: BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 226 e ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 451.

Diga-se que sobre a autorização de viagem, já nos debruçamos no Título 3, Capítulo 5, item 5 e restou claro que a competência pode ser da Vara de Infância, mas também pode ser da Vara de Família e até mesmo da Vara de Violência Doméstica, conforme entendimento do STJ.

Portanto, é possível que a Vara de Infância receba outras competência além daquelas mencionadas no artigo 148 do ECA, mas isso deve constar expressamente em atos legislativos ou administrativos locais, como forma de resguardar o princípio do juiz natural.[316]

5 - Competência para edição de portarias e concessão de alvarás:

5.1) Conceito:

O artigo 149 do ECA traz a competência da autoridade judiciária para editar portarias e conceder alvarás. De plano precisamos diferenciar a portaria do alvará.

A portaria é uma forma da autoridade judiciária disciplinar as situações previstas no artigo 149 relacionados a evento específico, mas não destinado a pessoa física ou jurídica específica. Exemplo: portaria que disciplina a entrada de adolescentes desacompanhados dos pais em estádio de futebol para determinado jogo do campeonato brasileiro. Nesse caso não há um adolescente especificamente indicado, mas sim um evento específico.

O alvará visa obter autorização para pessoa específica. Pode ser uma alvará para pessoa jurídica realizar determinado evento que conte com a participação de crianças. Outrossim, é possível que uma criança ou adolescente peça um alvará para participação em determinado evento.

O que pode-se extrair da explicação acima está afinado com o artigo 149, § 2°: não é possível determinações de caráter geral.

5.2) Portarias e alvarás: natureza jurisdicional ou administrativa?

Questão tormentosa diz respeito à natureza do pronunciamento proferido pelo juízo no caso de portarias e alvarás. Seria uma decisão com natureza jurisdicional ou administrativa?

A consequência de adotar uma ou outra posição não é meramente acadêmica.

Isso porque, se considerarmos se tratar de uma decisão administrativa do juiz da infância, sua revisão pode ser feita também pela esfera administrativa, como, por exemplo, por recurso à Corregedoria do respectivo Tribunal ou ao CNJ. É claro que também pode ser impugnada judicialmente.

Por outro lado, se entendermos que a natureza da decisão é jurisdicional, somente por meio de recursos ou ações autônomas de impugnação é que pode-se combater a decisão. Não cabe ao CNJ ou à Corregedoria do Tribunal rever decisões jurisdicionais dos magistrados.

De acordo com Ângela Maria dos Santos, "a Lei Estatutária ao delegar ao juiz da infância o poder de regulamentar a entrada e a permanência de criança ou adolescente

---

[316] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 530.

desacompanhado dos pais ou responsáveis em determinados locais, ou regulamentar a participação destes em espetáculos públicos, atribuiu-lhe uma função atípica, de natureza administrativa." Prossegue a doutrinadora afirmando que "com base nestas premissas, a conclusão a que se chega é que o juiz ao expedir este ato não está agindo como julgador, mas sim como administrador e, como tal, este ato para ser considerado válido terá de ser praticado dentro da mais absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo."[317]

Em outro sentido está a posição de Rossato, Lépore e Cunha[318] para quem a decisão teria natureza jurisdicional. Para tanto tomam como base a existência de recurso de apelação (conforme artigo 199 do ECA) para desafiar a decisão pautada no artigo 149. Citam também decisão do STJ no RMS 8563/MA, Min. Carlos Alberto Direito, DJ 06/11/2000. No inteiro teor do acórdão consta o seguinte trecho (com nosso grifo): "*Para impugnação de **decisão judicial**, baseada no artigo 149 da Lei nº 8.069/90, há previsão do cabimento do recurso de apelação.*"

5.3) Casuística dos incisos I e II do artigo 149 do ECA:

O artigo 149, *caput* traz dois incisos. Existe importante diferença entre eles: nas matérias tratadas no inciso I a portaria ou alvará serão necessárias somente se a criança ou adolescente estiver desacompanhado dos pais ou responsável. Já no inciso II a portaria ou alvará serão necessárias mesmo que a criança ou adolescente esteja acompanhada dos pais ou responsável.

No inciso I temos a hipótese de entrada de crianças e adolescentes desacompanhados em a) estádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres; d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

Passando ao inciso II, temos duas alíneas: a) participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios e b) certames de beleza.

No que tange à alínea "a", é importante distinguir a presença de criança e adolescente como espectadora da presença como participante. Deveras, "a distinção faz-se necessária porque, na primeira hipótese (criança espectadora), não haverá a necessidade do pedido de expedição de alvará judicial, quando acompanhada pelos pais ou responsáveis, ao passo que, quando se tratar de criança ou adolescente participante, independentemente ou não da presença de seus pais no estúdio, será imprescindível a autorização judicial por meio de alvará."[319]

Em relação à competência para autorização do trabalho artístico de crianças e adolescentes o STF deferiu cautelar para afastar resolução oriunda da Justiça laboral que pre-

---

[317] SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. Procedimentos de portaria e de expedição de alvará.In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1.010.

[318] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 453.

[319] SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. Prevenção.In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 447.

tendia avocar para si a competência em tais casos. Prevaleceu o entendimento no sentido da especialização da "Justiça da Infância" que concretizaria o artigo 227 da CRFB, em detrimento da Justiça do Trabalho.

Ainda sobre a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos, destaque-se jurisprudência firme no STJ no sentido de que os programas televisivos se enquadram em tal alínea e, por isso, necessitam de alvará.[320] Caso a participação de crianças nesses espetáculos não esteja amparada por alvará, incide a infração administrativa do artigo 258 do ECA.[321]

5.4) Parâmetros da decisão:

O artigo 149, § 1° estabelece os parâmetros para a decisão relacionada à portaria ou alvará.

São eles: a) os princípios do ECA; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo.

5.5) Determinações de caráter genérico – o "Toque de Recolher" e o "Rolezinho":

Como já acentuado no item "5.1" as portarias e alvarás não podem ter caráter geral, conforme artigo 149, § 2° do ECA.

Houve nítida evolução quando comparada a atual redação com o artigo 8° do Código de Menores que vinha expresso da seguinte forma: *"A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento,* ***determinar outras de ordem geral****, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder."*

Justamente com base na vedação de atos com caráter geral é que não se admite a edição de portarias tratando do toque de recolher, ou seja, a determinação para que crianças e adolescentes não possam ficar nas ruas após determinado horário.

No mesmo sentido não se admite a vedação ao "rolezinho" prática comum no Estado de São Paulo que consiste em passeios organizados por adolescentes em determinado Shopping.

Em ambos os casos a autoridade judiciária não pode expedir medidas de caráter geral, até porque isso representaria ofensa ao direito de liberdade de crianças e adolescentes, conforme artigo 16 do ECA.

Por fim, registre-se que o STJ já enfrentou a decisão de "toque de recolher" editado por juízo do interior de SP. A portaria foi atacada por meio de *Habeas Corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo. Os pacientes do remédio constitu-

---

[320] AgRg no Ag 553.774/RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO -DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA -, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009

[321] Nesse sentido: STJ - REsp 902.657/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010 e STJ AgRg no Ag 543.237/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2004

cional foram as crianças e adolescentes da cidade, bem como aquelas que estivessem de passagem pela cidade.

A Corte Superior concedeu a ordem de *Habeas Corpus* de modo a tornar insubsistente a portaria de "toque de recolher".[322]

6 - Dos serviços auxiliares:

Não temos dúvida em afirmar que o "coração" da Vara de Infância é a equipe técnica. Psicólogos, assistentes sociais e pedagogos são fundamentais para a resolução dos difíceis casos que chegam à apreciação do juízo.

Por isso, o artigo 150 estabelece que o Judiciário elaborará sua lei orçamentária com previsão de recursos para manutenção da equipe interprofissional que vai assessorar o juízo da infância.

A equipe técnica faz relatórios e laudos sobre casos concretos, podendo haver prestação de esclarecimentos orais durante a audiência. A atuação da equipe interprofissional é subordinada à autoridade judiciária, mas a manifestação do ponto de vista técnico é livre (art. 151, caput).

Por derradeiro, caso o quantitativo da equipe técnica seja insuficiente, a autoridade judiciária nomeará perito com base no artigo 156 do CPC/2015.

CAPÍTULO 3 – DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE OS PROCEDIMENTOS

1 - Introdução:

O artigo 152 e seguintes especificam regras gerais sobre os procedimentos no ECA e, a partir do artigo 155, há procedimentos específicos do Estatuto.

Com o fim de não ser demasiadamente extenso, o ECA se vale de procedimentos a serem aplicados subsidiariamente. Assim, conforme artigo 152, aplicam-se as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

Por "legislação processual pertinente" devemos entender aquela que possui afinidade com a matéria tratada no procedimento específico do ECA. Logo, como exemplo, para o procedimento de apuração de ato infracional, a legislação processual pertinente é o Código de Processo Penal, ao passo que para a colocação em família substituta, a legislação processual pertinente é o CPC.

O artigo 152 deixa claro que a aplicação da legislação processual pertinente é subsidiária, de forma que se o ECA fizer disposição em sentido contrário essa prevalecerá. Nessa linha, o CPP e CPC só serão aplicados nos casos omissos do Estatuto.

Outro ponto que merece destaque é a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos previstos no ECA (artigo 152, § 1°)[323]. Essa prioridade também se faz presente na seara recursal, como se vê no artigo 199-D. Com efeito, crianças e adolescentes precisam

---

[322] STJ - HC 207.720/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011.

[323] O artigo 1.048, II do CPC também prevê prioridade nos procedimentos regulados pelo ECA.

ter suas situações jurídicas resolvidas o quanto antes porque se encontram em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e não podem esperar indefinidamente diante da morosidade do Judiciário.

2 - Prazos aplicados nos procedimentos do ECA:

O artigo 152, § 2° do Estatuto estipula que os prazos estabelecidos na lei e aplicáveis aos seus procedimentos são contados em dias corridos. Seguindo o raciocínio descrito no item anterior, de aplicação **subsidiária** da legislação processual pertinente, conclui-se que mesmo nos procedimentos cíveis/protetivos o prazo é corrido e não em dias úteis a despeito do artigo 219 do CPC. Importante ainda acrescentar que esse prazo em dias corridos se aplica também aos recursos.[324]

A parte final do artigo 152, § 2° veda a contagem do prazo em dobro para a Fazenda Pública e Ministério Público. Note-se que a Defensoria Pública não foi incluída no dispositivo, de forma que permanece tendo prazo em dobro nos procedimentos do ECA.

3 - Poder geral de cautela do juiz:

O artigo 153 afirma que se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.

Normalmente, a prática chama esses procedimentos de "pedido de providências"; "procedimento inominado" "procedimento verificatório" ou "procedimento de aplicação de medida protetiva".

Trata-se de um poder geral de cautela do magistrado.[325]

É instrumento que deve ser usado com ponderação pelo magistrado e não pode ser confundido com arbitrariedade. Em rega, o caminho a ser tomado é seguir regras de procedimentos já existentes. Não há liberdade do juízo quanto a isso, já que entender de forma diversa levaria o ECA a adotar caminho próximo ao revogado Código de Menores que conferia ampla margem discricionária ao magistrado.

Com o objetivo de limitar a atuação *ex officio* do magistrado, o artigo 153, PU não permite a utilização do poder geral de cautela judicial para o fim de afastamento da criança ou adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos.

4 - Destinação das multas:

Encerrando as disposições gerais relativas aos procedimentos, o artigo 154 determina que as multas aplicadas em razão de seus procedimentos revertam ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo Município, conforme artigo 214.

---

[324] Nesse sentido: STJ - HC 475.610/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019.

[325] BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. As regras gerais de processo. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 858.

CAPÍTULO 4 – DO PROCEDIMENTO DE PERDA E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR e PROCEDIMENTO DE DESTITUIÇÃO DA TUTELA

1 - Introdução e competência:

O artigo 155 e seguintes do ECA disciplinam uma das ações mais drásticas que envolvem crianças e adolescente, qual seja: a destituição do poder familiar.

Ela ocorre quando uma das hipóteses de perda do poder familiar se faz presente, como nos casos do artigo 1.638 do Código Civil. Configurada uma das hipóteses legais, é necessário ingressar com a ação para obter a retirada do poder familiar.

A ação em comento não é de competência exclusiva da Vara da Infância. Ela pode ser dirigida à Vara de Família. A competência infantojuvenil ocorrerá somente quando a criança ou adolescente estiver em situação de risco, de acordo com o artigo 148, PU, "b" do ECA.

2 - Legitimidade ativa e passiva:

O artigo 155 indica que a legitimidade ativa recai sobre o Ministério Público ou quem "tenha legítimo interesse."

Em relação ao MP não há qualquer dúvida porque, além da clara disposição legal, temos também o artigo 201, III do Estatuto que reforça sua legitimidade ativa.

Por outro lado, a expressão vaga do "legítimo interesse" pode causar dúvidas. Nos parece que a lei buscou ampliar a quantidade de legitimados para tal fim.

A hipótese clássica de legítimo interesse é de adotantes que buscam formar vínculo de filiação com criança e adolescente cujos pais ainda não foram destituídos do poder familiar. Basta pensar no exemplo de casal que recebe uma criança em guarda, sob a forma de colocação em família substituta. Cria-se vínculo de afinidade entre as partes e o casal resolve buscar a adoção da criança. Nessa hipótese, deverá ingressar com ação de adoção, com base no artigo 50, § 13 do ECA, e postular em conjunto a destituição do poder familiar dos pais biológicos.

Questão: o padrasto possui legítimo interesse para pedir a destituição do poder familiar em caso de adoção unilateral?

Devemos lembrar que a adoção unilateral é aquela prevista no artigo 41, § 1° do ECA (Título 2, Capítulo 7, item 5.1, desta obra).

Em tais hipóteses, a destituição do poder familiar é um pressuposto lógico para a adoção unilateral (salvo nos casos de multiparentalidade). Logo, não há razão para afastar a legitimidade do padrasto para ingressar com a destituição do poder familiar c/c adoção unilateral em face do pai biológico e tendo como objetivo constituir novo vínculo familiar com a criança.

Justamente nesse sentido foi a posição do STJ, como se percebe no seguinte trecho:

Por tudo isso, consideradas as peculiaridades do processo, é que deve ser concedido ao padrasto legitimado ativamente e detentor de interesse de agir o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar, pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida, em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA.

REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010.

Questão: a própria criança/adolescente pode ingressar com ação de destituição do poder familiar?[326]

Entendemos que a criança/adolescente possuem legítimo interesse para ingressar com ação de destituição do poder familiar. Aliás, elas são as maiores interessadas em debater judicialmente o caso. Não podemos tratar crianças/adolescentes como "objeto" do pedido de destituição do poder familiar. A doutrina da proteção integral traz a participação infantojuvenil como sua base, de forma que quanto maior for a participação de crianças e adolescentes nos procedimentos que lhe digam respeito, maior será o conteúdo dado à proteção integral.

A criança/adolescente pode ingressar em juízo representada ou assistida pelo outro genitor. Caso a ação se dirija em face dos dois genitores, a criança/adolescente deve ser representada/assistida pela curadoria especial, na exata forma do artigo 142, PU do ECA, uma vez que é evidente a colidência de interesses entre pais e filho.

Nada impede que essa criança/adolescente busque o Ministério Público e narre a situação que entende gerar destituição do poder familiar. Caso o órgão ministerial concorde com a narrativa, deverá ingressar, em nome próprio, com a ação.

Todavia, essa possibilidade de buscar o MP não afasta o direito autônomo da criança/adolescente de ingressar diretamente com a ação por intermédio da curadoria especial.

Questão: A Defensoria Pública pode ingressar, em nome próprio, com ação de destituição do poder familiar?

Entre as funções institucionais da Defensoria Pública está a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, de acordo com a LC 80/94, artigo 4°, inciso XI.

Apesar disso, precisa-se ressaltar que, pela doutrina da proteção integral, crianças e adolescentes precisam ser sujeitos de direitos, sendo certo que sua opinião, em cada caso, deve ser amplamente considerada. Frise-se também, como exposto acima, que a Defensoria pode representar/assistir crianças e adolescentes no exercício de sua função institucional de curador especial (artigo 4°, XVI da LC 80/94).

Diante dessa necessidade de buscar agir sempre com amparo na vontade da criança/adolescente entendemos que a Defensoria não pode, por si, ingressar com ação de destituição do poder familiar, cabendo tal *múnus* somente ao MP.

Deixa-se claro que, na prática, não haverá qualquer embaraço para a Defensoria ingressar com a ação porque ou estará representando os adotantes ou estará exercendo a curadoria especial de crianças/adolescentes em colidência de interesses com os pais. O que se afirma aqui é que a Defensoria não poderá agir em seu próprio nome e deixando de lado a vontade dos maiores interessados na adequada solução do caso.

---

[326] Essa questão é bem abordada pela professora Kátia Regina Maciel. Ação de suspensão e de destituição do poder familiar. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, págs. 876/877.

Por fim, a legitimidade passiva recai sobre todos os que exerçam o poder familiar. Diante do tema 622 do STF, que admitiu a multiparentalidade, podemos ter mais de dois réus na demanda.

3 - Linhas básicas do procedimento:

O procedimento de suspensão e destituição do poder familiar começa com a apresentação de uma petição inicial que deve observar os requisitos do artigo 156 do Estatuto.

Em caso de motivo grave, a autoridade judiciária poderá decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, com base no artigo 157. O dispositivo dá a entender que a suspensão uma vez decretada perdura até o julgamento definitivo da causa. Não é essa a melhor interpretação para o caso: decretada a suspensão essa deve perdurar enquanto se fizer presente o motivo grave que a ensejou.

Assim, caso superada a razão que levou à medida extrema de suspender o poder familiar dos genitores biológicos, deve a decisão ser alterada. Em outras palavras: a decisão que suspende o poder familiar é *rebus sic stantibus*, ou seja, mantém-se enquanto as coisas estiverem no mesmo estado de fato do momento da decisão.

O artigo 157, § 1° determina que a autoridade judiciária, em conjunto com o despacho de citação e independentemente de requerimento, proceda a estudo social ou perícia por equipe multidisciplinar ou interprofissional com o fim de averiguar a existência de alguma hipótese de suspensão ou destituição do poder familiar.

A produção obrigatória dos estudos técnicos ocorre pela gravidade do caso concreto, o que demanda seriedade e certeza na decisão que afasta o poder familiar. Como consequência do dispositivo, vemos que é incabível o julgamento antecipado do mérito (artigo 355 do CPC) nas ações de destituição do poder familiar.

Esclarece o artigo 157, § 2° que se os pais forem oriundos de comunidades indígenas é obrigatória a intervenção de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista – a FUNAI.

Os artigos 158 e 159 tratam da defesa do requerido. Pelo artigo 158 do Estatuto, a defesa é nominada de "resposta escrita", que nada mais é do que uma contestação. O prazo de 10 dias, deve-se ressaltar, é contado em dias corridos, na forma do artigo 152, § 2° do ECA.

A citação será pessoal, inclusive quando o requerido estiver privado de liberdade.[327] Nesse caso, o oficial de justiça deverá perguntar, no momento da citação pessoal, se deseja que lhe seja nomeado defensor.[328]

É possível também que a citação se faça por hora certa, nos casos em que houver suspeita de ocultação (artigo 158, § 3°).

Se os genitores estiverem em local incerto ou não sabido, serão citados por edital, em publicação única, dispensado o envio de ofícios para a localização.

A dispensa na expedição de ofícios de localização é extremamente criticável. Em uma demanda comum patrimonial os ofícios deverão ser expedidos antes da citação por

---

[327] Art. 158, § 2°.

[328] Art. 159, PU.

edital, como prevê o artigo 256 do CPC. Não há qualquer razão para afastar essa regra quando tratamos de procedimento tão sério como é a destituição do poder familiar.

É claro que podemos pensar que os pais biológicos são os maiores interessados em ficar com os filhos e, se não buscam o processo, é porque não merecem o poder familiar. Todavia, tal raciocínio seria extremamente simplista e não atentaria para as circunstâncias do caso concreto. Deveras, é possível que os pais estejam em situação provisória de rua, ou estejam com problemas episódicos de saúde ou mesmo que lhes faltem conhecimento para buscar seus direitos. Nesse passo, deixar de buscar, minimamente, o endereço dos pais que se alega estarem em local incerto e não sabido é um grave equívoco legal.

Abordando o assunto, o professor Franklyn Roger confere os seguintes ensinamentos e conclui pela inconstitucionalidade da regra[329]:

> *Notem que a regra do ECA contrasta com o parágrafo 3º do artigo 256 do novo CPC, que exige do juiz esgotar todas as tentativas de localização do réu, inclusive mediante requisição de informações nos cadastros de órgãos públicos e concessionárias de serviços públicos.*
>
> *Acredito, inclusive, que a modificação legislativa vai de encontro ao artigo 7º do novo CPC quando determina que: "É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório".*
>
> *Custo a crer que a expedição de ofícios de informação, especialmente na era digital onde as informações são trocadas em tempo veloz, possa, de algum modo, prejudicar o andamento da relação processual.*
>
> *Por mais que o artigo 227 da CRFB assegure a proteção integral da criança/adolescente, a família também merece a proteção do Estado (artigo 226), **de modo que o dispositivo que facilita, desnecessariamente, a não participação dos genitores na relação processual contrasta com o dispositivo constitucional**.*

O artigo 159 trata das hipóteses em que o requerido não possui condições de constituir advogado. Pela leitura do ECA, é dito que será "nomeado dativo". Atualmente devemos entender que essa disposição é válida somente para as comarcas que não contem com a atuação da Defensoria Pública. Havendo Defensoria na comarca a defesa deve recair sobre ela; não há que se falar em escolha entre a Defensoria Pública ou advogado dativo nomeado pelo juízo. A Constituição já escolheu a Defensoria para esses casos (artigo 134 da CRFB).

Os artigos 160 e 161 disciplinam a colheita de provas. É possível requisição de documentos que interessem à causa.

A oitiva de testemunhas é prova comum em processos de destituição do poder familiar e isso vem expresso no artigo 161, § 1°.

---

[329] SILVA, Franklyn Roger Alves. A influência da Lei 13.509/2017 no cotidiano da Defensoria Pública. Conjur, 28 de novembro de 2017. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/tribuna-defensoria-influencia-recente-lei-135092017-cotidiano-defensoria> Acesso em 9 de julho de 2019, às 17 horas e 50 minutos.

O § 3° afirma que em caso de modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento.

Essa normativa deve ser interpretada em conjunto com os § § 1° e 2° do artigo 28 do ECA. Com efeito, a oitiva **da criança** deve ser feita em respeito ao seu estágio de desenvolvimento, mas a oitiva **do adolescente** é obrigatória, pois a guarda é uma forma de colocação em família substituta de maneira que dependerá, para os adolescentes, de seu consentimento.

Com razão devem ser ouvidos os pais para que o juízo possa aferir, em contato direto com os requeridos, se há causa para a destituição do poder familiar. Nas hipóteses de os requeridos estarem presos deve ser requisitada sua presença.

Na audiência também será colhido oralmente o parecer técnico, com manifestação sucessiva do requerente, requerido e MP, sendo certo que a decisão será proferida em audiência ou, excepcionalmente, no prazo máximo de 5 dias (artigo 162, § § 2° e 3°).

O artigo 162, § 4° diz que quando o procedimento de destituição do poder familiar for iniciado pelo MP, não haverá necessidade de nomeação de curador especial em favor da criança ou adolescente. O dispositivo é criticável e devem ser feitas pequenas considerações sobre o assunto.

Com efeito, quando o MP ingressa com ação de destituição do poder familiar, é evidente que o órgão ministerial está agindo de acordo com o que pensa ser o melhor interesse da criança e do adolescente. Todavia, quando é vedada a participação da curadoria, o que se afirma é que se veda, em essência, a participação da criança/adolescente no processo.

Explica-se: a ação de destituição do poder familiar tem, em tais casos, o MP como autor, os pais biológicos como réus e as crianças/adolescente como **objeto do pedido**. Entretanto, a visão de cuidar dos interesses da criança/adolescente com base somente no posicionamento dos adultos que participam da ação de destituição do poder familiar é uma afronta escandalosa à proteção integral.

Devemos lembrar que a proteção integral faz da criança/adolescente um sujeito de direito e não um objeto de proteção. Em ações de destituição do poder familiar nada mais natural que a criança/adolescente tenha sua opinião representada em juízo por meio da curadoria. Não basta o relatório técnico com entrevistas. É preciso participar ativamente das decisões que influenciam diretamente em sua esfera jurídica.

Dentro do processo, participar significa ter oportunidade de influenciar a decisão do juízo. Essa atuação da curadoria, a ser exercida pela Defensoria Pública, em nada conflita com a atuação ministerial que é parte ocupante do polo ativo da demanda.

Fato é que houve grande controvérsia jurisprudencial sobre o assunto. O Tribunal de Justiça do RJ chegou a editar súmula 235 ratificando a necessidade de atuação da curadoria: *"Caberá ao Juiz da Vara da Infância e Juventude a nomeação de Curador Especial a ser exercida pelo Defensor Público a crianças e adolescentes, inclusive, nos casos de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto nos artigos 142, parágrafo único e 148, parágrafo único "f" do Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo acesso aos autos respectivos."*

O STJ chegou a admitir a nomeação da curadoria especial para esses casos[330], embora haja posicionamentos contrários na própria Corte Superior.

O artigo 162, § 4° veio para estancar a controvérsia e afirmar que a curadoria especial não atua em tais casos.

Vale destacar que Franklyn Roger e Diogo Esteves entendem que o dispositivo é inconstitucional "por violar a garantia do contraditório efetivo (art. 5°, LV, da CRFB), e inconvencional, por violar o direito inerente à criança de participar efetivamente dos processos judiciais e administrativos que versem sobre matéria de seu interesse (arts. 9° e 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 ou Convenção de Nova Iorque)."[331]

Acrescentamos um argumento aos renomados autores: o dispositivo também deve ser considerado inconstitucional por afrontar o artigo 227 da CRFB. Tal norma constitucional adotou o princípio da proteção integral no ordenamento brasileiro. Logo, tudo que for contrário à proteção integral deve ser reputado em desconformidade com o dispositivo constitucional. Fica claro que o conteúdo da proteção integral, de tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e não como objeto de proteção, resta violado no caso concreto, pois, sem qualquer justificativa razoável, afasta-se a oportunidade de manifestação infantojuvenil no processo com capacidade de influenciar o juízo. Portanto, não há dúvida que a nova legislação é inconstitucional.

Passando a outro tópico, o artigo 163 confere o prazo de 120 dias para o término do procedimento, período esse que, se ultrapassado, em nada afetará na validade do processo, podendo gerar somente consequências administrativas ao Juiz perante a respectiva Corregedoria. Por fim, decretada a perda ou suspensão do poder familiar, a sentença será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente (artigo 163, PU), sendo certo que eventual recurso será recebido unicamente no efeito devolutivo (artigo 199-B).

4 - Da restituição/restabelecimento do poder familiar:

O assunto já foi abordado no Título 2, Capítulo 3, item 1.2.6, ao qual remetemos o leitor.

5 - Da destituição da tutela:

O artigo 164 do ECA determina a observância das regras do CPC para a remoção de tutor.

A regulamentação do tema pelo CPC está em seus artigos 761 até 763.

---

[330] STJ AgRg no AgRg no AREsp 298.526/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014

[331] ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 3ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 588.

CAPÍTULO 5 – DO PROCEDIMENTO PARA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

1 - Introdução:

O procedimento para colocação em família substituta vem previsto a partir do artigo 165 do ECA. Logo em seu artigo inaugural há requisitos a serem observados na petição inicial que pede a colocação em família substituta. Destaque-se que alguns requisitos não coincidem com os requisitos das petições iniciais como um todo. Exemplo: anuência do cônjuge ou companheiro (inciso I); indicação do cartório em que inscrito o nascimento (inciso IV) e declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente (inciso V).

É também necessário destacar que o procedimento em estudo é aplicável às três formas de colocação em família substituta: guarda, tutela e adoção (artigo 28 do ECA).

Todavia, a principal observação que se faz nesse momento é a distinção entre o artigo 166 e o artigo 169 do Estatuto.

Com efeito, o artigo 166 se aplica nas hipóteses de pais falecidos; pais destituídos ou suspensos do poder familiar ou pais que aderiram expressamente ao pedido de colocação em família substituta. Nessas hipóteses, considerando tais situações, a lei prevê maior simplicidade no procedimento, de forma que o requerimento dispensa a assistência de advogado ou Defensor Público.

Por outro lado, no artigo 169, é regulada a hipótese em que a destituição de tutela, perda ou suspensão do poder familiar constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta. É o exemplo do pedido de adoção que deve vir acompanhado do pedido de destituição do poder familiar. Em tais hipóteses, como não existe concordância expressa dos pais, que estão vivos e não foram destituídos previamente, é preciso seguir procedimento contraditório que será o contido nos artigos 155 até 164 do Estatuto. Em tal procedimento pode haver a perda ou modificação de guarda nos mesmos autos, mediante decisão judicial e ouvido o MP (art. 169, PU).

2 - Competência:

O procedimento em estudo não será sempre processado na Vara da Infância. Deveras, como exposto no item anterior, é possível se valer desse procedimento para as três formas de colocação em família substitua: guarda, tutela e adoção.

Para a guarda e a tutela, a competência da Vara de Infância só será instaurada se estiver presente alguma situação de risco (competência condicionada, de acordo com o artigo 148, PU, "a").

De outra banda, a competência para a colocação em família substituta na modalidade adoção é exclusiva da Vara de Infância, de acordo com o artigo 148, III, ressalvada a adoção de adultos que seguirá na Vara de Família, como já explicitado (vide Título 2, Capítulo 7, item 2.1 desse livro).

3 - Peculiaridades do procedimento:

O procedimento nas hipóteses do artigo 166 (pais falecidos, destituídos ou suspensos do poder familiar ou que aderiram à colocação em família substituta) possui

peculiaridades.

No artigo 166, § 1° a lei exige a realização de uma audiência. Porém, é preciso atentar ao detalhe que essa audiência só será feita no caso de pais que concordam com a colocação em família substituta. Isso porque, por motivos óbvios, os pais falecidos não participam do ato, e os que estão suspensos ou destituídos do poder familiar não possuem o direito de opinar na vida de quem não está mais sob sua autoridade (*rectius*, responsabilidade).

Portanto, a audiência do artigo 166, § 1° do ECA engloba apenas uma situação dentre as três descritas no *caput* do artigo 166, qual seja: pais que concordam com a colocação em família substituta. Além disso, a modalidade de colocação em família substituta tratada no § 1° é a adoção.

Em tais hipóteses, o juízo ouvirá as partes na presença do MP para verificar sua concordância com a adoção. Essa audiência precisa ser feita em no máximo 10 dias contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo.

Importante ressaltar que nessa audiência é indispensável que a parte esteja assistida por advogado ou Defensor Público. Se houver entrega da criança e a parte não constituir advogado, a atuação da Defensoria é impositiva, devendo ser feita a intimação da Instituição com antecedência para comparecer ao ato. Caso ausente a defesa técnica na audiência o ato é nulo. Se houver intimação do advogado ou da Defensoria e mesmo assim não comparecerem à audiência, o ato deve ser adiado e as respectivas Corregedorias comunicadas para efeito de falta funcional. O que não se admite é que um ato com efeitos tão graves, como a entrega de uma criança para adoção, seja feita sem os devidos esclarecimentos por parte de advogado ou Defensor Público. É claro que a equipe interprofissional da Vara da Infância também dará as respectivas orientações (artigo 166, § 2°), tanto à família natural quanto à família substituta (§ 7°).

Para demonstrar a importância da audiência, o § 4° afirma que o consentimento prestado por escrito não terá validade sem a ratificação em tal ato. Além disso, é garantida a livre manifestação de vontade dos detentores do poder familiar e também o sigilo das informações (§ 3°).

Caso ratificada a concordância com a entrega, o juízo proferirá sentença de extinção do poder familiar (artigo 166, § 1°, II). Frise-se que a lei teve a cautela de validar o consentimento somente após o nascimento da criança (art. 166, § 6°), razão pela qual a audiência só poderá ser feita após o término da gestação, mesmo que a manifestação de entrega tenha ocorrido antes.

Como já mencionado no Título 2, Capítulo 1, item 2.2.1, o professor Paulo Fuller[332] faz um caminho dessa audiência. Transcreve-se o ensinamento do autor:

> a. Os genitores **manifestam a desistência da entrega da criança** (em audiência ou perante a equipe interprofissional): nesse caso, a criança deve ser mantida com os genitores, sendo determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 dias (art. 19-A, § 8°). O art. 166, § 5°, reforça a possibilidade de retratação do consentimento até a data da realização da audiência.

---

[332] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 97/98.

b. **Ambos os pais (titulares do poder familiar) manifestam concordância com a adoção**: o juiz então declara a extinção do poder familiar, tomando por termo as declarações (art. 166, § 1°, II). A criança ou adolescente deve então ser colocado sob a guarda ou tutela de membro da família extensa ou ampliada (se houver), ou sob a guarda provisória de pessoa habilitada para a adoção ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional (art. 19-A, § 4°, aplicado por analogia).

c. **A mãe manifesta o seu consentimento**: **c.1)** se não houver a indicação do genitor e não existir representante da família extensa apto a receber a guarda, o juiz deve decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de pessoa habilitada para a adoção ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional (art. 19-A, § 4°); **c.2)** se houver genitor (pai registral ou indicado), abrem-se agora duas possibilidades: tratando-se de pai indicado, dispensa-se o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público (art. 102, § 4°); tratando-se de pai registral, impõe-se a propositura de ação para a perda ou destituição do poder familiar (pressuposto para a adoção, em face da ausência de consentimento do pai).

Questão: a autoridade judiciária é obrigada a aceitar a manifestação de entrega dos pais com a consequente extinção do poder familiar?

Em um primeiro momento poderíamos pensar que o caso seria atípico, mas não se mostra tão raro. Há casos de pais que, normalmente na adolescência dos filhos, desistem dos seus cuidados e procuram a Defensoria para pedir que lhe sejam isentos de qualquer responsabilidade com os filhos. Em outras palavras: eles querem deixar de exercer o poder familiar.

Outro exemplo é aquele em que os pais não querem mais cuidar do filho que apresenta grave deficiência.

Em tais situações, apesar de o consentimento dos pais em regra ser aceito pelo juízo, entendemos na linha da melhor doutrina no sentido que "a autoridade judiciária não se encontra obrigada a aceitar a concordância dos pais em perder o poder familiar. Não podemos olvidar quais direitos devem ser tutelados, e quem são seus titulares (crianças e adolescentes). É claro que tal manifestação é forte indicativo da impossibilidade dos pais de cumprir as obrigações inerentes ao poder familiar, e por este motivo é de suma importância que os órgãos envolvidos imprimam celeridade ao procedimento."[333]

Questão interessante diz respeito à parte final do artigo 166, § 5° do ECA que confere aos pais o exercício do direito ao arrependimento no prazo de 10 dias após proferida a sentença de extinção do poder familiar. Trata-se de situação jurídica complexa de explicar, já que uma sentença judicial pode ser tornada sem efeito dependendo somente do direito potestativo da parte no prazo de 10 dias. Em regra, uma sentença só pode ser reformada ou anulada pelo próprio Judiciário, por via dos recursos ou ações autônomas de impugnação, mas esse não é o caso trazido pelo Estatuto.

---

[333] BERGAMINI, José Carlos Loitey. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 1.091/1.092.

Interessante notar que o artigo 492, parágrafo único do CPC/2015 afirma que "a decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional". Em outras palavras: o CPC não admite que se profira sentença condicionada.

Por condição, devemos entender o evento futuro e incerto.

Pois bem, o CPC e o ECA possuem hierarquia de lei ordinária, de forma que o Estatuto trouxe um caso de sentença condicional. É de se dizer: existe um evento futuro e incerto que pode retirar efeitos da sentença, qual seja: o direito de arrependimento daqueles que manifestaram a entrega para adoção.

Trata-se, sem dúvida, de uma condição resolutiva, porque a sentença produz efeitos enquanto não houver a manifestação do arrependimento. Se estivéssemos diante de uma sentença com condição suspensiva, a produção de efeitos só ocorreria após passado o prazo de 10 dias sem a manifestação de arrependimento.

Portanto, a sentença que extingue o poder familiar na forma do artigo 166, § 1°, II do ECA é uma hipótese excepcional no ordenamento brasileiro de sentença sujeita a condição resolutiva.[334]

Passando à fase em que será escolhida quem ficará com a criança/adolescente, a autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento, determinará a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão da guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência, caso em que o deferimento deve vir acompanhado de termo de responsabilidade (artigo 167, *caput* e parágrafo único).

Após isso, a criança e adolescente serão ouvidos sempre que possível e os autos irão ao MP para manifestação por 5 dias e à autoridade judiciária para sentença em igual prazo.

Na hipótese de ser concedida a guarda a parte assinará compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo (art. 32) e se a solução for inserir a criança ou adolescente em programa de acolhimento familiar a entidade será comunicada no prazo máximo de 5 dias (artigo 170, PU).

CAPÍTULO 6 – DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ATRIBUÍDO A ADOLESCENTE

1 - Introdução:

Praticado um ato infracional surge para o Estado a possibilidade de aplicar uma medida socioeducativa. O procedimento para tal fim se encontra disciplinado no artigo 171 e seguintes do ECA.

Em tal procedimento, a aplicação subsidiária é do Código de Processo Penal na linha do que preceitua o artigo 152 do Estatuto. Apesar dessa aplicação subsidiária, na ação socioeducativa não se aplica o princípio da obrigatoriedade, mas sim o da oportunidade. Isso ocorre porque o legislador "conferiu ao Ministério Público a decisão de invocar ou

---

[334] A essa conclusão chegamos após ouvir uma verdadeira aula de Direito Processual Civil do Desembargador Alexandre Câmara em conversa informal que tivemos na sala dos professores do curso Fórum/RJ.

não a tutela jurisdicional, podendo excluir o processo através do instituto da remissão, disciplinada nos arts. 126 a 128 da Lei Especial."[335]

O procedimento de apuração de ato infracional possui diversas peculiaridades que serão esmiuçadas abaixo.

2 - Fase policial:

O artigo 171 afirma que o adolescente apreendido por força de ordem judicial será desde logo encaminhado à autoridade judiciária. Tal dispositivo é melhor enquadrado na fase judicial porque para que haja mandado de busca e apreensão já deve existir ação socioeducativa instaurada.[336]

Já o artigo 172 cuida do início da fase policial ao afirmar que o adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será desde logo encaminhado à autoridade policial competente. Seu parágrafo único esclarece que, havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em coautoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada que, após as providências de praxe, encaminhará o adulto à repartição policial própria.

O que o Estatuto objetiva com o artigo 172 e seu parágrafo único é concretizar o princípio da prioridade absoluta. Assim, em caso de flagrante de ato infracional, primeiro o adolescente receberá o atendimento e somente depois o adulto será levado à Delegacia. Isso ocorre nos casos em que há Delegacia especializada, o que não é realidade na maioria das pequenas cidades brasileiras.

Em caso de flagrante de ato infracional, a autoridade policial, caso o ato tenha sido cometido com violência ou grave ameaça: a) lavrará auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente; b) apreenderá o produto e os instrumentos da infração; c) requisitará os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração; d) identificará os responsáveis pela apreensão e informará o adolescente acerca de seus direitos (art. 106, PU); e) comunicará a apreensão e o local em que está o adolescente à autoridade judiciária e à família do apreendido ou pessoa por ele indicada (art. 107).

Se o ato cometido não se revestir de violência ou grave ameaça, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada (artigo 173, PU).

Passada essa etapa, a autoridade policial se verá diante da decisão mais importante a ser tomada nessa fase, qual seja, a possibilidade de liberação do adolescente.

Com efeito, o artigo 174 afirma que comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do MP, salvo quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social deva o adolescente permanecer internado para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.[337]

---

[335] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. cit. pág. 112.

[336] Guardamos coerência com o que afirmamos no Título 3, Capítulo 2, item "2.4", no sentido da inadmissibilidade da internação provisória pré-processual.

[337] Em relação ao requisitos dispostos no artigo 174 para a internação provisória, remetemos o leitor ao que dissemos no Título III, Capítulo 2, item "II.a".

É relevante destacar que a decisão da autoridade policial no sentido de liberar o adolescente não precisa passar pelo crivo judicial. É de se dizer: o próprio Delegado de Polícia libera o adolescente, no ato, sob o compromisso de comparecimento ao Ministério Público. O Delegado também deve encaminhar ao MP cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência (art. 176).

Caso a autoridade policial decida pela não liberação do adolescente, deverá encaminhá-lo, desde logo, ao representante do MP, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência (art. 175).

Estabelece o artigo 175, § 1° que se for impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do MP no prazo de vinte e quatro horas. Caso não haja entidade de atendimento no local, a apresentação será feita pela autoridade policial e, se não houver repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada aos maiores, sendo certo que deverá ser encaminhado ao MP em 24 horas.

É possível também que o adolescente tenha praticado um ato infracional, mas não tenha sido apreendido em flagrante. Nesse caso, a autoridade policial dará início a uma investigação. Preceitua o artigo 177 que, nas hipóteses em que afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do MP relatório das investigações e demais documentos.

Passadas essas possibilidades, inicia-se o que alguns doutrinadores chamam de "fase ministerial", que será abordada no tópico abaixo.

3 - Oitiva informal ou "fase ministerial":

O artigo 179 do ECA cuida da chamada "oitiva informal" do adolescente com o membro do Ministério Público. O Promotor de Justiça é a primeira autoridade dentro das carreiras jurídicas que tem contato com o adolescente. A apresentação ao MP ocorre no mesmo dia, junto com o auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, autuados com informação sobre os antecedentes infracionais.

Com a apresentação, o MP procede à oitiva informal e, sendo possível, dos pais/responsável, vítima e testemunhas. Caso não haja apresentação, o MP notificará os pais ou responsável para que apresentem o adolescente e pode requisitar os serviços da polícia civil ou militar para tal fim (artigo 179, parágrafo único).

A "oitiva informal" também é conhecida como "fase ministerial".

Diversos aspectos devem ser abordados. De plano, reputamos que a "oitiva informal" estava alinhada com a época em que o ECA foi editado, 1990, pouco tempo após a promulgação da Constituição de 1988 que deu especial prestígio ao Ministério Público como defensor da sociedade e dos direitos e garantias fundamentais.

Todavia, atualmente não vemos razão para que o adolescente seja levado ao membro do MP antes de ter contato com a defesa técnica (advogado constituído ou Defensoria Pública). O ideal seria que o apreendido tivesse imediatamente a assistência jurídica por parte de quem efetivamente irá defendê-lo. A oitiva informal muitas vezes é utilizada

para produzir prova contra o adolescente e também, não raras vezes, contra o adulto que foi preso no mesmo ato. Em outras palavras: o objetivo de proteger o adolescente e garantir seus direitos vem sendo esvaziado na prática.

No II Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância foi editada a seguinte súmula: *a oitiva informal prevista no art. 179 do ECA é inconstitucional por ofender o princípio da inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Art. 227, §3º, da CF/88.*

Apesar da respeitável tese, em nosso ver não há inconstitucionalidade no dispositivo. O que existe é a necessidade de revogação parcial do artigo, com a determinação de apresentação do adolescente ao advogado constituído ou ao membro da Defensoria Pública antes de levá-lo ao MP. Isso, porém, é tarefa que caberá unicamente ao Legislativo, pois não há contrariedade do artigo 179 do ECA com o texto constitucional.

Se é fato que não existe inconstitucionalidade, também é fato que algumas providências precisam ser tomadas para resguardar os direitos dos adolescentes levados à oitiva informal. Vejamos algumas que dizem respeito com a ampla defesa e contraditório:

a. **Deve ser assegurado ao adolescente o direito ao silêncio:** o adolescente precisa ser cientificado expressamente que está sendo ouvido pela Instituição que, a depender do caso, iniciará uma ação socioeducativa em seu desfavor.[338] Portanto, deve ter conhecimento que possui direito ao silêncio;

b. **Deve ser assegurado o acompanhamento da defesa técnica:** o adolescente pode pedir que seu advogado ou membro da Defensoria Pública esteja presente ao ato. Nessas hipóteses, o Promotor de Justiça precisa aguardar a chegada da defesa técnica e, em hipóteses excepcionais, adiar o ato para a data em que o advogado ou Defensor Público possam comparecer.

c. **A família ou responsável devem estar presentes:** o artigo 179 do ECA diz que os pais ou responsável, caso possível, serão ouvidos. A fórmula aberta do "caso possível" deve ser aplicada somente à oitiva dos pais ou responsável, vítima e testemunhas (parte final do dispositivo). Se o adolescente não estiver acompanhado pelo pai ou responsável, deve ser adiado o ato até o comparecimento ou será necessária a atuação de curador especial em favor do adolescente. O que entendemos de todo incorreto é ouvir o adolescente sem nenhuma pessoa que sirva como representante ou assistente.

Também é importante trazer outras características da oitiva informal.

Tal oitiva não é indispensável ao oferecimento da representação. Caso o membro do MP entenda, pelos documentos acostados em sede policial, que o caso requer o oferecimento da peça inicial da ação socioeducativa poderá fazê-lo, mesmo que o adolescente não seja ouvido.[339] Vamos além: se o membro do MP entender que o caso é de arquivamento ou de oferecimento de remissão sem cumulação com medida socioeducativa,

---

[338] Apesar de ser uma ação "socioeducativa", não há dúvidas que as MSEs possuem forte carga sancionatória, de forma que repudiamos a afirmação de que essa ação é favorável ao adolescente.

[339] Nesse sentido: STJ –REsp 662.499/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 14/02/2005.

também poderá fazê-lo sem necessidade da oitiva informal.

Portanto, a oitiva informal não é uma condição de procedibilidade da ação socioeducativa.

O valor probatório da oitiva informal é igual ao valor probatório das peças produzidas na fase policial, ou seja, devem ser ratificados em juízo para que haja possibilidade de procedência no pedido contido na representação. Isso porque, aplica-se perfeitamente ao caso o artigo 155 do CPP que indica o princípio do livre convencimento motivado do juiz **com base nas provas produzidas mediante contraditório judicial**. Assim, o fato da oitiva ser prestada perante o MP, que é uma das Funções Essenciais à Justiça especificadas na Constituição, não confere valor maior que o produzido perante a autoridade policial. Em ambos os casos não houve contraditório judicial e isso é o que realmente interessa.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à possibilidade do próprio membro do MP liberar o adolescente após a oitiva informal. A exemplo do que dissemos no item anterior acerca de tal possibilidade pela autoridade policial, entendemos que o MP também pode liberar diretamente, ou seja, sem que para isso precise de uma decisão judicial.

Com a oitiva informal o MP pode conceder a remissão, promover o arquivamento ou oferecer a representação (art. 180). Entendemos que em qualquer desses casos é possível a liberação direta do adolescente pelo MP. Mesmo quando estamos diante de oferecimento de representação, pode o *parquet* entender que a internação provisória é desnecessária de forma a permitir que o representado responda em liberdade.

Sobre a possibilidade de o MP liberar o adolescente mesmo quando oferece a representação, há posicionamento divergente de Bianca Moraes e Helane Ramos. De acordo com as autoras, "permitir a liberação pelo Ministério Público na hipótese de oferecimento de representação, como o que parece emergir da exposição acima, é se contrapor ao que estabelece o art. 184 do ECA. Tal dispositivo legal atribuiu à representação o poder de transportar a análise acerca da decretação *ou manutenção* da internação para momento posterior ao da inauguração do procedimento socioeducativo. O artigo define que é a autoridade judiciária quem pode manter a restrição da liberdade do adolescente. Ora, liberar nada mais é que reputar desnecessária a manutenção da internação, aferição esta que ficou cingida à seara judicial."[340]

4 - Fase Judicial:

Após a manifestação do MP é iniciada a fase judicial do procedimento de apuração de ato infracional. Conforme exposto no item acima, o MP pode tomar 3 medidas: promover o arquivamento; conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária. Com base em cada uma dessas possibilidades a autoridade judiciária tomará sua decisão.

Em caso de promoção pelo arquivamento, o juízo terá dois caminhos a seguir. O primeiro é concordar com a manifestação ministerial e homologar o arquivamento. Se discordar da promoção ministerial, deverá se valer do artigo 181, § 2° do ECA e remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, sendo certo que este oferecerá representação,

---

[340] MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helane Vieira. Da prática do ato infracional. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1.173.

designará outro membro para apresentá-la ou ratificará o arquivamento. Nesse último caso a autoridade judiciária está obrigada a homologar.

Se houver apresentação de remissão, caso a autoridade judiciária concorde, a homologará (art. 181, § 1°) e se houve cumulação de MSE, determinará o cumprimento da medida. Discordando, mais um vez incide o artigo 181, § 2° devendo a autoridade judiciária remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Sobre a discordância da autoridade judiciária em relação à remissão apresentada pelo MP, remetemos o leitor ao que foi dito no Título 3, Capítulo 11, item "4.4".

A última alternativa do MP é oferecer a representação. Nesse caso, apesar do ECA não mencionar expressamente, a autoridade judiciária fará um juízo de valor para decidir se a representação deve ser recebida.

Caso haja recebimento, o procedimento seguirá conforme as normas dispostas no Estatuto. Caso não haja recebimento da representação, o processo será extinto.

Questão: Qual é o recurso cabível da decisão que não recebe a representação na ação socioeducativa?

A legislação que se aplica nos casos dispostos no ECA em termos de recurso é o CPC, conforme artigo 198 do Estatuto. Se a aplicação subsidiária fosse do CPP, seria cabível o recurso em sentido estrito, na forma do artigo 581, I do Código de Processo Penal. Como a aplicação é do CPC, o não recebimento da representação equivale ao indeferimento da petição inicial, o que desafia recurso de apelação de acordo com o artigo 331 do Código de Processo Civil.

Para melhor sistematizar o estudo, vamos fazer a divisão dos pontos importantes em diversos tópicos.

4.1) Representação – existe ação socioeducativa privada ou condicionada?

A representação equivale à denúncia no processo penal. Ela é a petição inicial da ação socioeducativa.

Seu oferecimento se dá por petição que conterá breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, rol de testemunhas. É possível também que a representação seja oferecida oralmente perante a autoridade judiciária (art. 182, § 1°).

Com fulcro no artigo 182, § 2°, a representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade. Em relação a esse dispositivo, transcrevemos a lúcida posição de Guilherme Barros:

> *"Ao analisar a questão pelo ponto de vista das garantias processuais constitucionais, a conclusão também é a de que o art. 182, § 2° deve ser visto com ressalvas. Estabelecer pura e simplesmente que a representação pode ser oferecida independentemente de prova pré-constituída de autoria e materialidade viola o princípio do devido processo legal (CRFB, art. 5°, LIV; Estatuto, art. 110), na medida em que o adolescente tem contra si instaurado um processo, que pode inclusive levar à privação de sua liberdade, sem o mínimo suporte probatório, de forma absolutamente temerária. O princípio constitucional da ampla defesa (art. 5°, LV) também fica ar-*

ranhado, pois o adolescente e seu defensor não têm como montar uma estratégia de defesa sem saber, minimamente, que elementos probatórios dão suporte à convicção do representante do Ministério Público."[341]

Logo, tomando como base o ensinamento acima, o artigo 182, § 2° deve ser interpretado no sentido de que é desnecessária prova robusta, mas que se faz indispensável um suporte probatório mínimo para oferecimento da representação (justa causa).

Dúvida pode surgir a respeito da existência de ação socioeducativa de natureza privada ou condicionada à manifestação do ofendido. Exemplo: se um adolescente comete ato infracional análogo ao delito de injúria (artigo 140 do CP), é necessário que a ação socioeducativa seja movida pela vítima (a injúria, em regra, é crime de ação penal privada, conforme artigo 145 do CP)? No ato infracional análogo ao crime de ameaça (art. 147 do CP), é preciso que haja manifestação do ofendido (a ameaça é crime de ação pública condicionada à representação – art. 147, PU)?

Prevalece entendimento no sentido de que a ação socioeducativa é sempre pública incondicionada, independentemente do ato infracional praticado. Esse posicionamento merece críticas, pois reflete uma clara violação ao princípio da vedação ao tratamento mais gravoso.

4.2) Providências após o oferecimento da representação:

Oferecida e recebida a representação, a autoridade judiciária decidirá acerca da internação provisória. Essa internação não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional, mas sim em entidade de atendimento, mesmo que em comarca diversa. Se a imediata transferência do adolescente da Delegacia para a entidade de atendimento for inviável, é possível que o representado fique em repartição policial, em seção isolada dos adultos, e pelo prazo máximo de 5 dias (artigo 185 e parágrafos).

O juízo determinará também a citação (art. 184, § 1°) para a audiência de apresentação. A falta de citação gera nulidade, pois é nessa fase que o adolescente recebe cópia da representação e toma conhecimento formal do fato que lhe é imputado pelo MP.[342] Assim, mesmo que o adolescente esteja internado, não basta a mera requisição para audiência de apresentação (art. 184, § 4°). Repita-se: é necessário citar!

Os pais também são cientificados e notificados para comparecer à audiência. Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente (art. 184, § 2°).

Diferente do que ocorre com a falta de citação do adolescente, que gera nulidade, o STJ entende que a falta de notificação dos pais constitui mera irregularidade, notadamente porque é nomeado curador especial: *"Não há nulidade a ser declarada com base na ausência de notificação do responsável pelo adolescente para comparecer à audiência de apresentação, pois houve a nomeação de curador especial na referida audiência, de acordo com o art.*

---

[341] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 254.

[342] Nesse sentido: STJ - HC 147.069/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010.

184, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a possibilidade de nomeação de curador especial ao adolescente infrator, caso os pais não sejam localizados."[343]

4.3) Não comparecimento do adolescente à audiência de apresentação – é possível cogitar de revelia na ação socioeducativa?

Se o adolescente não comparece à audiência de apresentação, o juízo poderá seguir dois caminhos a depender da razão da ausência.

Caso o juízo perceba que o adolescente foi notificado, mas, de forma injustificada, não compareceu, deve ser designada nova data com determinação de sua condução coercitiva (art. 187).

Por outro lado, se o adolescente não foi localizado, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão e determinará o sobrestamento do feito até a efetiva apresentação – art. 184, § 3°. Cumprido o mandado de busca e apreensão, deve o adolescente ser encaminhado desde logo à autoridade judiciária, com base no artigo 171 do ECA.

Questão: é possível cogitar de revelia e seus efeitos no processo socioeducativo?

Antes de analisar a pergunta, devemos expor os efeitos da revelia. De fato, a revelia possui efeito material e efeito processual. O efeito material é a presunção de veracidade dos fatos descritos na inicial. O efeito processual decorre da desnecessidade de intimações para os futuros atos do processo.

Assim, quando tratamos de revelia, temos o CPC em que os efeitos materiais, em regra, se operam, como fica claro pelo artigo 344 do Código de Ritos e também os efeitos processuais (art. 346 do CPC).

Pela normativa do CPP, caso o réu não seja citado, o processo fica suspenso (artigo 366 do CPP), mas, após isso, caso haja alteração de residência sem comunicação ao juízo ou ausência injustificada, o processo segue sem a presença do acusado. Logo, incidem os efeitos processuais da revelia após a citação real. Todavia, não há incidência dos efeitos materiais porque não é possível presumir a culpa do denunciado em razão de sua ausência no processo. O ônus permanece sendo do Ministério Público.

No regramento do Estatuto, há disciplina que atualmente é parecida com a do CPP. Entretanto, se formos analisar o comparativo histórico do artigo 184, § 3° do ECA com o CPP então em vigor, veremos que o Estatuto foi inovador. Isso porque, em 1990, ano da edição do ECA, o artigo 366 do CPP tinha a seguinte redação: *"O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado"*. Esse dispositivo não diferenciava as formas de citação, razão pela qual mesmo com a citação editalícia – ou seja, citação ficta – o processo seguia à revelia do acusado.

O ECA não admitia tal prática, pois em caso de o paradeiro do adolescente ser ignorado, a autoridade judiciária expede mandado de busca e apreensão, com sobrestamento do feito.

Portanto, no procedimento de apuração de ato infracional, a revelia não produz efeito

---

[343] STJ HC 260.793/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2013.

material (o fato na representação não é presumidamente verdadeiro) e, no momento inicial do feito, também não há efeito processual, porque o processo fica sobrestado aguardando o cumprimento do MBA.

É importante traçar uma diferença entre o artigo 366 do CPP e o artigo 184, § 3° do ECA. No CPP há suspensão do processo **e do prazo prescricional** ao passo que no ECA o processo fica suspenso, mas o prazo prescricional permanece em curso.

Frise-se que, após a audiência de apresentação, caso o adolescente não compareça aos demais atos, o feito seguirá sem a sua presença, a exemplo do que vem contemplado no artigo 367 do CPP. Contudo, deve o adolescente ser intimado para a audiência em continuação e, caso esteja internado provisoriamente, deve ser requisitado à entidade de atendimento. O prosseguimento do feito sem a presença do adolescente só é cabível quando ele foi intimado e não compareceu ou mudou de endereço sem comunicar ao juízo.

Por fim, é oportuno destacar que o MBA tem prazo de 6 meses, como se percebe pela leitura do artigo 47 da lei do SINASE (Lei 12.594/12).

4.4) Adolescente comparece à audiência de apresentação:

Com o comparecimento do adolescente à audiência de apresentação, a autoridade judiciária procederá à sua oitiva, bem como de seus pais ou responsável, podendo solicitar opinião de profissional da equipe técnica (art. 186). Deve ser oportunizada à defesa técnica que se entreviste com o adolescente antes da oitiva pelo magistrado. Caso a entrevista pessoal não seja oportunizada, entendemos que a nulidade se caracteriza de forma absoluta, a despeito da posição do STJ no sentido de que se faz necessário demonstrar o prejuízo.[344]

Abre-se ao magistrado a possibilidade de oferecer remissão, mas o MP deve ser ouvido previamente, sob pena de nulidade.[345]

Se não for possível a remissão, a defesa técnica apresentará defesa prévia no prazo de 3 dias após a audiência de apresentação. A defesa prévia é o momento processual adequado para juntada do rol de testemunhas. A simples ausência de defesa prévia não gera nulidade porque pode configurar estratégia da defesa em não adiantar seus argumentos[346], mas caso apresentada tempestivamente, o seu não recebimento acarreta nulidade.[347]

Após isso, é designada audiência de continuação quando serão ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, as diligências requeridas serão cumpridas e o relatório da equipe multidisciplinar será juntado aos autos. O MP e o defensor terão a palavra para alegações finais e a autoridade judiciária proferirá sentença (art. 186, § 4°).

---

[344] STJ - HC 345.390/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016.

[345] Nesse sentido: STJ - REsp 618.253/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2004, DJ 04/10/2004.

[346] STJ - HC 156.544/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011.

[347] STJ - REsp 203.882/SC, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2001.

Questão interessante surge quando se sustenta a necessidade de alterar a ordem de oitivas prevista no ECA, com base no artigo 400 do CPP. Deveras, a redação original do CPP previa o interrogatório como primeiro ato, seguido de uma audiência para oitiva de testemunhas de acusação e de defesa. Ocorre que a Lei 11.719/08 alterou esse procedimento e passou o interrogatório para o último ato da audiência que passou a ser una. É evidente que essa providência é mais favorável ao réu porque ele é ouvido após conhecer todas as provas e depoimentos que pesam contra si.

Essa inversão da ordem de oitivas foi afastada pelo STJ quando abordou o assunto sob o prisma do ECA. Com efeito, ambas as turmas da Corte Superior afastam a nulidade da apresentação como primeiro ato, ao argumento que o Estatuto é norma especial e que não há prejuízo em tal proceder.[348]

4.5) Sentença:

Após a instrução probatória, se autoridade judiciária entender que há provas da materialidade e da autoria infracional, poderá aplicar uma das medidas socioeducativas enumeradas no artigo 112 do ECA.

É possível também que aplique uma medida protetiva, com espeque no artigo 112, VII do Estatuto.

Outra alternativa viável é considerar que a instrução probatória demonstrou que o adolescente não merece qualquer medida, mas sim o perdão. Para isso, poderá oferecer a remissão como forma de suspensão ou extinção do processo, o que deve ocorrer antes da sentença (art. 188).

Pensamos nesse particular que o Estatuto não primou pela boa técnica. Ao se referir à remissão "antes da sentença" a lei esqueceu que a remissão que extingue o processo nada mais é do que uma sentença. Logo, o que efetivamente foi ressalvado pelo legislador é que o oferecimento de remissão deve ser antes da **sentença de mérito** da ação socioeducativa.

Por outro lado, não haverá aplicação de qualquer medida se restar provada a inexistência do fato; não existir prova da existência do fato; não constituir o fato ato infracional ou não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional. Em tais casos, se o adolescente estiver internado deverá ser imediatamente colocado em liberdade (art. 189, PU).

Proferida a sentença, se houver aplicação de MSE de internação ou semiliberdade, a intimação se dará na pessoa do adolescente e seu defensor. Caso o adolescente não seja encontrado, a intimação será dirigida a seus pais e ao defensor. Se a medida aplicada for diversa de internação e semiliberdade, a intimação será dirigida somente ao defensor (artigo 190, *caput* e § 1°).

O artigo 190, § 2° do ECA afirma que recaindo a intimação na pessoa do adolescente, esse se manifestará sobre o desejo de recorrer. Mesmo que o adolescente não queira recorrer, a defesa técnica pode apresentar recurso, já que tal ato não depende da anuência do sentenciado.

---

[348] STJ - HC 434.903/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018 e HC 320.876/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015.

5 - Outras peculiaridades do procedimento:

A aplicação subsidiária do CPP ao procedimento de apuração de ato infracional gerou algumas peculiaridades que foram objeto de estudo pela doutrina e análise pela jurisprudência. Vejamos.

Audiência de custódia: questão polêmica é saber se deve ser realizada audiência de custódia para os adolescentes logo após a apreensão. A base legislativa é o artigo 7°, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 678 de 1992. De acordo com o dispositivo *"Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo."*

Essa normativa dá sustentação para que pessoas presas sejam levadas em curto prazo à presença da autoridade judicial, momento em que se verificará a legalidade da prisão, bem como eventual prática de abusos pelos agentes da segurança pública. Trata-se de realidade brasileira quando tratamos da prisão de adultos.

Em relação aos adolescentes, a audiência de custódia não vem sendo aplicada. Com base nos ensinamentos de Rodrigo Zoccal Rosa, realizar audiência de custódia após a apreensão do adolescente seria prejudicial aos seus interesses. Segundo o autor, o adolescente deve ser levado para a autoridade com competência específica na área da infância e juventude e não ao "sistema de plantão" das audiências de custódia. Ademais, o sistema juvenil é peculiar porque o adolescente pode ser liberado diretamente pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. Afirma, por fim, que o enunciado 28 do FONAJUV (Fórum Nacional da Justiça Juvenil) afastou a aplicação das audiências de custódia nas apreensões de adolescentes: "*O procedimento especial previsto no ECA atende ao artigo 7, inciso V, do Pacto de São José da Costa Rica, tornando-se desnecessária a audiência de custódia.*" (Aprovado no XXII FONAJUV – Vitória /2018).[349]

Com todo o respeito que merece o autor e também o FONAJUV, mas os argumentos contrários à audiência de custódia de adolescentes não se sustentam. Com efeito, conforme já abordado no Título 1, item 5 desse livro, os direitos atribuídos às crianças e adolescentes são complementares aos direitos que são dados às pessoas de uma forma geral. Essa afirmação consta expressa no artigo 3° do ECA. Logo, se existe um direito (direito a ser levado à autoridade judiciária imediatamente) conferido aos adultos, não há razão para não ampliá-lo aos adolescentes.

Sobre a autoridade competente para realizar a audiência de custódia, não haveria maiores problemas em resolver essa questão com um rodízio de juízes que atuam na infância. Mero ato administrativo do respectivo Tribunal resolveria essa demanda.

Por fim, sobre o sistema específico do ECA, que prevê a possibilidade da autoridade policial e do MP liberarem diretamente o adolescente, não vemos inconveniente em levar o adolescente à autoridade judicial na hipótese de o adolescente não ter sido liberado

---

[349] ROSA, Rodrigo Zoccal. Das medidas socioeducativas e o ato infracional (do ECA ao SINASE) – 2 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, págs 85/91.

anteriormente. Isso representaria mais uma instância possível para a soltura de um adolescente. Frise-se que com a concentração de todos os atores em um único ambiente, todo o procedimento é facilitado. Exemplo: havendo um plantão permanente no Judiciário com a presença do MP e da Defensoria, o adolescente levado pela autoridade policial poderia ser imediatamente ouvido pelo Promotor de Justiça e, após isso, passaria pela audiência de custódia.

Segundo Caio Paiva, "com muito mais razão a audiência de custódia deve ser garantida na apreensão de adolescentes infratores ou em conflito com a lei, quando a sua realização deverá ocorrer em prazo ainda mais rápido. Acerca da matéria, dispõe o art. 37.b da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada no Brasil pelo Decreto no 99710/90, que os Estados zelarão para que 'nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado. Interpretando essa normativa internacional, já decidiu o Comitê da ONU sobre Direitos das Crianças que 'todo menor detido e privado de liberdade deverá ser colocado à disposição de uma autoridade competente em um prazo de 24 horas para que se examine a legalidade de sua privação ou a continuidade desta."[350]

Portanto, entendemos que a audiência de custódia deve ser realizada sempre que houver a apreensão de um adolescente, mas deixamos claro que essa prática não vem sendo adotada no Brasil, de forma que somos minoritários em nosso posicionamento.

Possibilidade de assistente à acusação no procedimento de apuração de ato infracional: o Código de Processo Penal disciplina que "em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal" (art. 268 do CPP). A questão que se coloca é se essa figura também seria compatível com o procedimento de apuração de ato infracional.

Nesse particular vale trazer o disposto no artigo 206 do Estatuto nesses termos: "*A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, **e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimento de que trata esta Lei**, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos (...)*".

Apesar do dispositivo acima poder incutir a ideia de que é possível a figura do assistente à acusação no procedimento infracional, o STJ acertadamente entende pela impossibilidade[351]. Isso porque, o artigo 206 do ECA admite a intervenção de quem tenha legítimo interesse, desde que isso seja feito para beneficiar a criança ou adolescente. Diferente disso é a figura do assistente à acusação que ingressaria no processo para agravar a situação jurídica do adolescente a quem se imputa ato infracional.

Uso de algemas em adolescentes: outro ponto digno de nota diz respeito ao uso de algemas nos adolescentes que respondem pela prática de ato infracional. É fato que o ECA estatui que o adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições

---

[350] PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2018, pág. 108.

[351] STJ - HC 190.651/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011.

atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade (art. 179). Pela leitura do Estatuto verifica-se que não há vedação ao uso de algemas.[352]

Assim, incide o regramento comum sobre o assunto tratado na súmula vinculante 11 do STF: *"Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado."*

Aplicação do princípio da identidade física do juiz: o princípio da identidade física do juiz possui previsão no artigo 399, § 2° do CPP, segundo o qual "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença". De acordo com abalizada doutrina, "o magistrado que preside a instrução é aquele que vai decidir, pois conhece o manancial probatório e por sua vez, o réu a ser julgado."[353]

É interessante notar que a identidade física do juiz foi incluída no CPP pela lei 11.719/08. Tal legislação alterou substancialmente o procedimento comum no processo penal. A audiência passou a ser una e o interrogatório foi deslocado para o último ato da instrução. A característica una da audiência não foi repetida no ECA que, conforme artigo 186, § 4°, fraciona o procedimento e cuida da "audiência em continuação."

Justamente levando em conta essa peculiaridade, o STJ entende que o princípio da identidade física do juiz não se aplica no procedimento de apuração de ato infracional: *"De acordo com o entendimento consolidado desta Corte Superior, o regramento previsto no art. 399, § 2º, do CPP não se aplica ao rito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece procedimento fracionado de apuração de ato infracional em várias audiências, sem fazer qualquer menção ao princípio da identidade física do juiz. 2. A aplicação das regras processuais penais às hipóteses regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente se dá apenas de forma subsidiária, devendo-se respeitar as particularidades próprias deste microssistema, sob pena de tornar inócua as previsões nele contidas."*[354]

Revisão criminal de sentença que julgou procedente representação para apuração de ato infracional: o artigo 621 e seguintes do CPP trata da revisão criminal de processos findos. É uma ação autônoma de impugnação que visa desconstituir uma sentença condenatória transitada em julgado. Seria possível se valer dessa ação para desconstituir uma sentença que julga procedente a representação pela prática de ato infracional?

Apesar do STJ não ter adentrado profundamente no tema, há decisão monocrática do Ministro Ribeiro Dantas, no REsp 1.627.057, que abordou caso de revisão criminal de ato infracional e houve apreciação do mérito. Em outras palavras: muito embora não tenha sido enfrentado diretamente o assunto, o Ministro admitiu o manejo da revisão criminal.

---

[352] Nesse sentido: STJ - HC 160.230/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2011.

[353] TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9ª edição – Salvador. Ed. Juspodivm, pág. 935.

[354] STJ - HC 165.059/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011.

De nossa parte não vemos qualquer óbice ao manejo da revisão criminal nos casos de sentença transitada em julgado que aplica medida socioeducativa. Deveras, o CPP é aplicado subsidiariamente. Frise-se que a revisão criminal não é um recurso, cuja aplicação subsidiária é do CPC, mas uma ação autônoma de impugnação.

6 - Reconhecimento do ato infracional e efeitos em eventual processo criminal na vida adulta:

Reconhecida a prática de ato infracional, quais são os efeitos caso seja cometido um crime após atingida a maioridade? Mais uma vez é preciso separar tópicos para cuidar do assunto.

Possibilidade de decretação de prisão preventiva de adulto com base em atos infracionais cometidos durante a adolescência: a jurisprudência do STJ foi vacilante sobre o assunto. Há julgados que não aceitam a decretação da prisão preventiva do adulto com base na prática de atos infracionais praticados na adolescência[355] *"porquanto a vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração para quaisquer fins do Direito Penal, razão pela qual, no processo por crime, não podem atos infracionais servirem de fundamento à prisão preventiva"*. Por outro lado, há entendimento no sentido de que *"a prática de atos infracionais, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, serve para justificar a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública"*.[356]

A fim de fixar o posicionamento da Corte, a Terceira Seção admitiu que atos infracionais podem subsidiar a prisão preventiva, mas para isso há três condicionantes: I) gravidade concreta do ato infracional; II) distância temporal entre os registros da Vara de Infância e a conduta ensejadora da prisão preventiva; III) comprovação da ocorrência dos atos infracionais.[357]

Atos infracionais e dosimetria da pena: nesse tópico fica a questão de saber se os atos infracionais podem ser usados para majorar a pena do adulto que comete crime.

De plano deve-se afastar a possibilidade de reconhecimento de reincidência tendo como base a prática de ato infracional anterior. Isso porque o artigo 63 do CP é muito claro ao conceituar a reincidência como a prática de novo **crime** depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por **crime** anterior. Considerando que ato infracional não é crime, exclui-se a configuração da reincidência.

Resta analisar se seria possível se valer dos atos infracionais para majorar a pena base (artigo 59 do CP) com espeque nos maus antecedentes.

O STJ não admite que atos infracionais anteriores sejam base para majoração da pena base pelos maus antecedentes: *"É firme o entendimento na egrégia Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a prática de atos infracionais não pode ser utilizada para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não serem as infrações consideradas crimes, mas podem ser consideradas para a manutenção da prisão preventiva, levando-se em conta a análise da*

---

[355] STJ - HC 338.936/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015.

[356] STJ - RHC 65.888/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016.

[357] STJ - RHC 63.855/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2016.

personalidade do agente".[358]

Atos infracionais e tráfico privilegiado: a Lei 11.343/06 traz amplo regramento sobre drogas no ordenamento jurídico brasileiro. Seu artigo 33 pune o tráfico de drogas com pena de reclusão que varia de 5 a 15 anos. Já o artigo 33, § 4° trata do chamado "tráfico privilegiado" e concede redução de pena ao condenado por tráfico que seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividades criminosas e não integre organização criminosa.

Pergunta-se: se um adulto é preso por tráfico de drogas e o juiz verifica que é sua primeira prisão desde que completou a maioridade, mas já havia sido apreendido quando adolescente, o "tráfico privilegiado" deve ser reconhecido?

O STJ entende que o registro de atos infracionais é fundamento válido para afastar a figura do tráfico privilegiado: *"Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas."*[359]

Portanto, embora atos infracionais não sejam crimes, é fato que a jurisprudência brasileira estabelece diversos efeitos ao adulto que já teve contra si julgado procedente pedido em representação socioeducativa.

CAPÍTULO 7 – DO PROCEDIMENTO PARA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA PARA A INVESTIGAÇÃO DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

1 - Introdução:

O procedimento de infiltração de agentes para investigação de crimes contra a dignidade sexual de criança e adolescente foi acrescentado ao ECA a partir do artigo 190-A, por meio da Lei 13.441/17.

A infiltração de agentes não é novidade no ordenamento jurídico, tendo em vista que já existe previsão desse meio de prova, por exemplo, no artigo 53, I da Lei 11.343/06 (lei de drogas), bem como artigo 10 da Lei 12.850/13 (lei de organizações criminosas). Todavia, no ECA a infiltração se dá em ambiente virtual, ao passo que nas demais legislações a infiltração ocorre no ambiente físico.

Em relação à terminologia "infiltração na internet", o professor Guilherme Barros ensina que tem "preferido a expressão ambiente virtual, para deixar claro que abrange não apenas a internet comumente conhecida (surface), mas também – e principalmente – a 'deep web', que é o espaço virtual mais utilizado para a prática de ilícitos."[360]

---

[358] STJ - HC 457.559/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018.

[359] STJ - HC 457.637/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018.

[360] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 269.

2 - Requisitos:

O artigo 190-A estabelece crimes que podem receber a investigação por meio da infiltração de agentes. Há doutrina no sentido de que "o rol de crimes contidos no art. 190-A, *caput*, do ECA, não seria exaustivo, pois a possibilidade de infiltração no ambiente virtual deve ser estendida, a *fortiori*, para todos os casos que admitem a infiltração de agentes de polícia no plano real (medida mais intensa)."[361]

De acordo com os incisos do artigo 190-A, a infiltração deve ser precedida de autorização judicial circunstanciada, a pedido do MP ou da autoridade policial e não poderá exceder o prazo de 90 dias, sem prejuízo de eventuais renovações desde que não ultrapasse 720 dias. A infiltração só será admitida se a prova não puder ser obtida por outros meios (art. 190-A, § 3°).

Durante o período de infiltração, a autoridade judicial e o MP poderão requisitar relatórios parciais da operação.

Requisito que deve ser destacado diz respeito ao agente que será infiltrado. Isso porque "o art. 190-A autoriza apenas a infiltração de 'agentes de polícia' – expressão, esta, que compreende exclusivamente a Polícia Civil e a Polícia Federal. Deste modo, não pode o Ministério Público se valer das previsões ora em estudo para designar seus servidores para atuação como infiltrados. Caso tenha interesse na adoção de tal modalidade persecutória, cabe ao *Parquet* a apresentação de requerimento devidamente fundamentado ao juiz de direito, com a demonstração dos elementos autorizadores da infiltração (art. 190-A, II), mas nunca poderá se valer de indivíduos do seu quadro próprio de pessoal."[362]

3 - Sigilo e resguardo do policial:

De acordo com o artigo 190-B, as informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará pelo seu sigilo. De acordo com o parágrafo único, antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o fim de resguardar o sigilo.

Com efeito, em relação a esse meio de prova impera o contraditório postergado ou diferido que é aquele que será exercido durante a fase judicial. Se não houvesse sigilo durante a investigação, o autor do crime poderia tomar conhecimento que é alvo da observação policial e com isso se furtar à persecução.

Outrossim, como consequência lógica da validade da investigação, o policial que oculta sua identidade para colher indícios de autoria e materialidade dos crimes investigados não pode responder por ilícito penal (art. 190-C). A regra deve ser ampliada: não há crime quando o policial está infiltrado e cometa tipos penais que são necessários para subsidiar a investigação, desde que não haja excessos (art. 190-C, parágrafo único). Exemplo: o policial que armazena fotografia com cena de sexo explícito envolvendo

---

[361] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág.465.

[362] PETRY, Rafael. VERONESE, Josiane Rose Petry. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 1.163.

criança e adolescente para utilização como meio de prova na futura demanda judicial, não responde pelo artigo 241-B do ECA.

4 - Disposições finais:

O artigo 190-D se refere à identidade fictícia criada para que o policial possa desenvolver a investigação, sendo certo que a sua identidade será resguardada, assim como a intimidade das crianças e adolescentes envolvidos (art. 190-E).

Por fim, concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação serão registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado (art. 190-E).

CAPÍTULO 8 – DA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM ENTIDADES DE ATENDIMENTO

1 - Introdução:

As entidades de atendimento, governamentais ou não, possuem deveres, como vemos nos artigos 90 e seguintes do ECA. Tais deveres se aplicam tanto a entidades que desenvolvem medidas socioeducativas como também às que desenvolvem medidas protetivas.

Caso tais entidades descumpram seu deveres são passíveis de receberem sanções e essas seguem o procedimento do artigo 191 a 193 do Estatuto.

2 - Legitimidade ativa e competência:

O artigo 191 confere legitimidade ativa para início do procedimento de apuração de irregularidades em entidade de atendimento ao Ministério Público, Conselho Tutelar e à própria autoridade judiciária mediante portaria.

Há críticas doutrinárias à possibilidade da autoridade judiciária iniciar o procedimento, notadamente por ser contra o princípio da inércia e também pelo fato de a própria autoridade judiciária ao final julgar o pedido que ela mesma iniciou. Segundo Barros, o artigo 191 seria inconstitucional na parte que atribui ao juízo a legitimidade ativa para iniciar o procedimento.[363]

Não vislumbramos inconstitucionalidade no dispositivo, apesar de o considerarmos equivocado.

Chama a atenção saber se o rol de legitimados do artigo 191 seria taxativo ou exemplificativo. A doutrina e a jurisprudência não se debruçaram sobre a matéria, mas não temos dúvida em afirmar que o rol é meramente exemplificativo.

Isso porque, todas as providências almejadas com o uso do procedimento poderiam ser obtidas com o manejo da Ação Civil Pública. Logo, entendemos que os legitimados para eventual ação coletiva também possuem legitimidade para iniciar o procedimento de apuração previsto no artigo 191 e seguintes.

---

[363] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 271.

É o caso das associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos no ECA (art. 210, II) ou da Defensoria Pública que possui dentre as funções institucionais o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, além de atuar em estabelecimentos de internação de adolescentes (art. 4°, incisos XI e XVII da LC 80/94).

Especificamente em relação à legitimidade da Defensoria Pública para iniciar esse procedimento, é importante argumentar que a Instituição atende os adolescentes e seus familiares, de forma que eventuais problemas nas entidades são de conhecimento defensorial imediato, oriundo da rotina normal dos atendimentos realizados.

A competência para julgar ações oriundas desse procedimentos é exclusiva da Vara da Infância e Juventude (artigo 148, V do ECA).

3 - Natureza do procedimento e necessidade de profissional habilitado em favor da entidade:

Grassa controvérsia entre os estudiosos a respeito da natureza do procedimento que estamos a tratar. Isso se dá em virtude da possibilidade de instauração por portaria do magistrado.

Seguindo essa linha, Ishida, seguido por Rossato, Lépore e Cunha, professa que "a apuração de irregularidade de atendimento é atividade tipicamente administrativa, no exercício do poder de polícia do magistrado da infância e da juventude."[364]

Coerente com o posicionamento de que o procedimento é administrativo, os autores entendem que entidade não necessitaria de advogado ou defensor público para realizar a defesa em juízo. Para reforçar a conclusão, os autores comparam o artigo 193, § 1° do Estatuto ao dizer que "as partes" terão cinco dias para oferecer alegações finais, com o artigo 197, PU – referente ao procedimento de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente – que se refere à manifestação do "procurador do requerido."[365]

Em outro sentido é a nossa posição, com apoio nos ensinamentos de Kátia Regina Maciel para quem "o ato jurídico praticado pelo juiz da infância e da juventude denominado de portaria que inicia o rito do art. 191 do ECA não transforma a natureza do processo em administrativo, a exemplo do que ocorria nas portarias que instauravam processos contravencionais e ações penais por crimes culposos, mas sim representa uma exceção legal ao princípio da inércia pela qual 'o ordenamento impõe a predominância do princípio inquisitório, isto é, em que a atuação oficiosa do magistrado é admitida (em rigor, é imposta)."[366]

Diante desse posicionamento, entendemos que a entidade de atendimento precisa

---

[364] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 575.

[365] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 505/506 e ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 576.

[366] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Procedimento de apuração de irregularidades em entidade de atendimento. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 965/966.

estar representada por profissional habilitado que pode ser da advocacia pública (caso a entidade seja governamental) ou advogado particular/defensor público (a atuação da Defensoria Pública em favor de pessoas jurídicas é admitida).

4 - Do procedimento:

Iniciado o procedimento, e havendo motivo grave, a autoridade judiciária poderá decretar liminarmente o afastamento do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada (artigo 191, parágrafo único).

Essa decisão possui natureza de tutela provisória, de forma que desafia recurso de agravo de instrumento, conforme artigo 1.015, I do CPC, que se aplica ao caso por força do artigo 198 do ECA. É importante lembrar que o prazo desse agravo será de 10 dias corridos com respaldo na regra específica do artigo 198, II c/c art. 152, § 2°, ambos do Estatuto.

Questão interessante é a de saber se o afastamento do dirigente se limita ao da entidade governamental ou se seria possível também afastar o dirigente de entidade não governamental. O artigo 191, PU do ECA usa a expressão genérica "dirigente da entidade". Ocorre que o artigo 97 do Estatuto, nos incisos I e II estabelece a medida de afastamento de dirigente somente quando trata de entidade governamental (inciso I, alínea "c") e silencia quando trata de entidade não governamental (inciso II).

Não obstante a literalidade legal, não vemos motivo para limitar essa medida ao dirigente de entidade governamental. Ora, se for detectado que o problema da entidade não governamental tem relação direta com seu dirigente, é melhor afastá-lo e manter a entidade aberta com outra direção, sob pena de aplicar a medida de interdição da unidade com deslocamento das crianças e adolescentes para outra entidade. Logo, conclui-se que "é mais benéfico para as crianças e para os adolescentes que não sejam removidos de seu local de atendimento, mas, sim, que um novo responsável pela direção assuma as rédeas da entidade."[367]

O artigo 192 confere prazo de dez dias corridos (artigo 152, § 2°) para que o dirigente da entidade ofereça resposta escrita.

Com ou sem resposta, a autoridade judiciária poderá designar audiência de instrução e julgamento. Não é impositiva a designação de tal ato, como se depreende do artigo 193 do Estatuto.

Caso marcada audiência, a manifestação das partes em alegações finais será apresentada no próprio ato, mas é também viável que o juízo abra prazo de cinco dias para memoriais por escrito, devendo ser proferida sentença em igual prazo, ou seja, cinco dias (artigo 193, § 1°).

Se houver o afastamento provisório ou definitivo de dirigente de entidade governamental, o juízo oficiará à autoridade administrativa hierarquicamente superior e marcará prazo para a substituição (art. 193, § 2°).

É claro que suspender o programa de atendimento ou interditar a unidade representa

---

[367] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Procedimento de apuração de irregularidades em entidade de atendimento. Op. cit. pág. 976.

medida drástica que pode prejudicar crianças e adolescentes. Tanto entidades que desenvolvem medidas socioeducativas como as que desenvolvem medidas protetivas sofrem com a superlotação. Assim, interditar uma unidade representa deslocar as crianças e adolescentes para outra unidade, o que certamente agravará a superlotação.

Justamente por isso, o artigo 193, § 3° permite que o juiz fixe prazo para remoção das irregularidades verificadas e, satisfeitas as exigências, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Por fim, o artigo 193, § 4° afirma que a multa e a advertência são impostas ao dirigente da entidade ou programa de atendimento. Remetemos o leitor ao que dissemos no Título 1, capítulo 3, item 3 da Parte Especial: essas sanções não devem ser aplicadas às entidades, mas sim aos dirigente, de acordo com o posicionamento do STJ.[368]

CAPÍTULO 9 – DA APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

1 - Introdução e competência:

A partir do artigo 245 do ECA há disposições que tipificam infrações administrativas às normas de proteção à criança e ao adolescente. O procedimento para aplicação dessas sanções se encontra entre os artigos 194 e 197 do Estatuto.

A competência para julgar esse procedimento é exclusiva do juízo da infância e juventude, com base no artigo 148, VI do ECA.

2 - Legitimidade ativa:

O procedimento terá início por representação do Ministério Público, do Conselho Tutelar ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado e assinado por duas testemunhas, se possível (art. 194).

Nota-se que a autoridade judiciária não é parte legítima para iniciar esse procedimento, diferente do que ocorre com o procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento (artigo 191).

Portanto, podemos diferenciar a legitimidade ativa entre o procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento e o procedimento de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, da seguinte forma:

---

[368] STJ - ADMINISTRATIVO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PENA DE MULTA E ADVERTÊNCIA DOS ARTS. 97 E 193, § 4º, DO ECA.
1. A pena deve dirigir-se contra os responsáveis pela entidade, a fim de preservar os destinatários da norma: a criança e o adolescente.
2. Recurso especial provido.
(REsp 489.522/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2003).

LEGITIMIDADE ATIVA PARA INICIAR PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM ENTIDADE DE ATENDIMENTO – ARTIGO 191 DO ECA	LEGITIMIDADE ATIVA PARA INICIAR PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE – ARTIGO 194 DO ECA
Autoridade judiciária, por portaria	Representação do Ministério Público
Representação do Ministério Público	Representação do Conselho Tutelar
Representação do Conselho Tutelar	Auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado

3 - Natureza do procedimento:

A exemplo do que ocorre no procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, também aqui há controvérsia a respeito da natureza do procedimento em estudo: seria ele administrativo ou jurisdicional?

De acordo com Ishida, "embora realizado pelo Magistrado, o procedimento, nesse caso, é *administrativo* e não jurisdicional. Equipara-se o Juiz com o agente público encarregado de aplicação de sanção administrativa (multa) no caso de infração de natureza administrativa, no exercício do poder de polícia. A multa, se a representação for julgada procedente, é de natureza administrativa e não se confunde com a multa aplicada na esfera penal."[369]

O doutrinador cita também decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento 281.010 quando foi reconhecida expressamente a natureza administrativa do procedimento:

> *Entendo que o recurso extraordinário em questão é insuscetível de conhecimento, eis que impugna decisão de caráter materialmente administrativo, proferida em procedimento cuja natureza, por revelar-se destituída de índole jurisdicional, não se ajusta ao conceito constitucional de causa. Com efeito, a decisão emanada do Conselho da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro resultou do exercício, por esse órgão judiciário, de uma típica função de natureza administrativa, desvestida, por isso mesmo, de qualquer atributo de índole jurisdicional. Cabe ter presente, por necessário, consoante assinala PAULO LÚCIO NOGUEIRA ("Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado", p. 373, item n. 2, 3ª ed., 1996, Saraiva), que a infração em que teria incidido a empresa ora agravante qualifica-se, nos termos e segundo expressa definição inscrita no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 247), como típico ilícito de caráter meramente administrativo, cuja apuração é efetivada em procedimento de índole igualmente administrativa, sem qualquer conotação jurisdicional.*[370]

---

[369] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 584.

[370] STF - AI 281010, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 16/06/2000.

Em sentido oposto temos o posicionamento de Patrícia Pimentel Ramos para quem "tal pretensão da sociedade deve ser exigida judicialmente, por iniciativa do Ministério Público, do conselho tutelar, ou por meio de servidores públicos credenciado para tal, perante a vara da infância e juventude (art. 148, VI do Estatuto). A aplicação da penalidade pressupõe a intervenção do Poder Judiciário. E essa intervenção não é meramente administrativa, pois é função do processo judicial compor a lide, resolver o conflito segundo a ordem jurídica estabelecida, e esta é a função exercida pelo magistrado."

Finaliza a autora expondo que "embora utilizada a expressão 'procedimento', trata-se de feito de natureza jurisdicional, verdadeiro processo judicial, instaurando uma relação jurídica processual, que se inicia por uma petição inicial, seja representação ou auto de infração, com a narração dos fatos, fundamento jurídico e pedido, e se extingue por meio de uma sentença (decisão judicial), que faz coisa julgada sobre o assunto."[371]

4 - Do procedimento:

Como apontado acima, o procedimento se inicia por representação do MP ou Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado.

O auto de infração normalmente segue o padrão de um formulário em que o funcionário apenas preenche os espaços vagos, como permite o artigo 194, § 1°.

O requerido terá dez dias corridos[372] para apresentar defesa. Esse prazo é contado da intimação. Se o procedimento for iniciado por auto de infração e na presença do requerido, o prazo se inicia imediatamente. Caso contrário, a intimação se dará por oficial de justiça que entregará cópia do auto ou da representação. Se o requerido ou seu representante não forem encontrados, a intimação será por via postal com aviso de recebimento e se o paradeiro do requerido ou seu representante for incerto, a intimação será feita por edital (art. 195 e incisos).

Caso o requerido seja citado e não apresente a defesa no prazo legal, será considerado revel e incidirão todos os efeitos da revelia, inclusive os materiais. É de se dizer: presumir-se-ão verdadeiros os fatos descritos na representação ou no auto de infração.

Se não for apresentada defesa, os autos irão ao MP para manifestação em cinco dias (art. 196). Se houver apresentação de defesa, a autoridade judiciária verificará a necessidade de marcar audiência e, caso contrário, procederá na forma do artigo 196, ou seja, remeterá os autos ao MP.

Se for designada audiência, será colhida a prova oral e após o MP se manifestará, seguido do procurador do requerido, por vinte minutos cada, prorrogável por mais dez. Em seguida a autoridade judiciária proferirá sentença.

---

[371] RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Procedimento das infrações administrativas. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 994 e 995.

[372] Art. 152, § 2°.

CAPÍTULO 10 – DA HABILITAÇÃO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO

1 - Introdução:

Para que uma pessoa possa ser adotante, em regra, deverá passar por procedimento prévio que demonstre sua aptidão para constituir uma família. Essa aptidão é aferida pelo procedimento de habilitação de pretendentes à adoção, regulamentada entre os artigos 197-A e 197-F do ECA.

Esse procedimento não dá garantia de que a adoção irá se concretizar no futuro. É possível, e até comum, que pessoas se habilitem à adoção e nunca consigam efetivamente adotar. Isso ocorre porque o perfil de adotandos não coincide com o perfil procurado pelos adotantes. Exemplo: meninas recém nascidas são a preferência entre os que se habilitam à adoção, mas é muito difícil que na prática se concretize.

Em conclusão: o procedimento de habilitação à adoção é prévio à adoção em si. Esse procedimento só será dispensado nas hipóteses de adoção <u>*intuito personae*</u> prevista no artigo 50, § 13 do Estatuto.

2 - Peculiaridades do procedimento:

O artigo 197-A estatui os requisitos da petição inicial do procedimento de habilitação de pretendentes à adoção. O inciso III exige cópia autenticada de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável. O objetivo é verificar o preenchimento dos requisitos constantes do artigo 42, § 2° do ECA: casamento civil ou união estável, além de estabilidade da família.

Já os incisos VII e VIII determinam que a petição inicial venha acompanhada da certidão de antecedentes criminais e certidão negativa de distribuição cível. Não é requisito para habilitação que os postulantes não respondam a processo criminal ou cível. A finalidade da regra é fazer uma análise da vida pregressa dos requerentes. Exemplo: uma pessoa que é réu em ação cível envolvendo pequena divergência em cotas condominiais ou ação relacionado a acidente de trânsito, não pode, somente por tal motivo, ter negada sua habilitação. Por outro lado, se o requerente responde a várias ações de investigação de paternidade ou mesmo de destituição do poder familiar, sua habilitação pode ser contestada. Na mesma linha é o processo criminal. Uma pessoa pode ser ré criminal em virtude de uma lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, caso em que, a princípio, não haveria óbice à habilitação. Todavia, se ela for ré em processo de estupro de vulnerável, sua habilitação pode ser negada.

Trocando em miúdos: a existência de processo cível ou criminal serve para dar subsídios ao juízo da infância decidir sobre a habilitação à adoção.

Recebida a petição inicial, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao MP, que no prazo de 5 dias poderá: a) apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional do juízo; b) requerer a designação de audiência para ouvir os postulantes e eventuais testemunhas; c) requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências (art. 197-B).

O membro do Ministério Público não é obrigado a tomar uma dessas providências do artigo 197-B. Se entender que toda a documentação está em ordem e que nada há a es-

clarecer, irá apor seu ciente nos autos e aguardará a juntada dos estudos da equipe técnica.

De suma importância é a participação da equipe interprofissional da Vara da Infância e Juventude, que elaborará relatórios para auxiliar o juízo a decidir se os postulantes podem exercer a maternidade/paternidade responsável (art. 197-C). A atuação da equipe interprofissional envolve visitas à casa dos postulantes para verificar o ambiente doméstico e também encontros dos requerentes com psicólogos.

Ainda como forma de demonstrar aos requerentes a responsabilidade da adoção, é obrigatória a participação em programa oferecido pela Vara da Infância, com apoio do corpo técnico, para preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças e adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou necessidades específicas de saúde, além de grupos de irmãos (artigo 197-C, § 1°). Percebe-se que o Estatuto buscou estimular as adoções de grupos que normalmente não figuram entre as preferências dos postulantes.

Ademais, conforme artigo 197-C, § 2°, sempre que possível e recomendável, a etapa descrita § 1° incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional.

A Lei 13.509/17 incluiu a participação de grupos de apoio à adoção habilitados junto à Vara da Infância para orientação dos postulantes nas etapas dos § § 1° e 2° do artigo 197-C. Os grupos de apoio à adoção desempenham relevante papel no cenário social e jurídico brasileiro. A participação na habilitação à adoção é medida salutar, já que haverá trocas de experiência entre pessoas que já adotaram e outras que pretendem adotar.

É claro que a preparação para adoção é feita na pessoa dos postulantes e também naqueles que serão adotados. Justamente por isso, o artigo 197-C, § 3° esclarece que crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente ou por família acolhedora sejam preparados por equipe interprofissional antes da inclusão em família adotiva.

Ultrapassadas essas etapas, a autoridade judiciária decidirá sobre eventuais diligências requeridas pelo MP com base no artigo 197-B e determinará a juntada do estudo psicossocial. Pode também designar audiência. Caso não haja diligências, deve ser aberta vista ao MP para que se manifeste sobre a habilitação e, em seguida, o juiz decidirá (art. 197-D, *caput* e parágrafo único). O prazo máximo para esse procedimento é de 120 dias, prorrogável por igual período (art. 197-F).

Se deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros e aguardará a convocação para adoção levando em conta a disponibilidade de crianças e adolescentes, bem como o perfil que o adotando escolheu no momento de se habilitar. Conforme dito no item I desse capítulo, é possível que uma pessoa se habilite e nunca consiga efetivar a adoção. A habilitação é apenas um procedimento prévio à adoção.

O artigo 197-E, § 1° confere especial valor à ordem cronológica de habilitação ao estatuir que tal ordem "somente" deixará de ser observada nas hipóteses do artigo 50, § 13 do ECA. Ressaltamos, contudo, como afirmamos no Título 2, da parte geral, capítulo 7, item "5.6", nosso entendimento no sentido de que as modalidades de adoção *intuito personae* são meramente exemplificativas.

Sabendo que a vida dos postulantes à adoção pode sofrer mudanças, o § 2° do artigo 197-E prevê que a habilitação será renovada no mínimo a cada três anos, mediante nova

avaliação por equipe interprofissional. Por outro lado, se o postulante já concretizou uma adoção e deseja adotar novamente, será dispensada a renovação da habilitação, bastando a avaliação por equipe interprofissional (art. 197-E, § 3°).

3 - Reavaliação e exclusão dos cadastros:

Não são todas as experiências com adoção que dão certo. Há casos em que se faz necessário reavaliar a habilitação já deferida.

O artigo 197-E, § 4° prevê a reavaliação da habilitação se houver três recusas injustificadas à adoção de crianças ou adolescentes indicados dentro do perfil escolhido. Importante ressaltar: para que incida o dispositivo, as recusas devem ser dentro do perfil. Logo, se um casal indica em seu perfil criança de até 3 anos de idade, e surge a oportunidade de adoção de uma criança com 4 anos de idade, não haverá necessidade de reavaliação após três recusas. Isso porque, em tal caso, a recusa se justifica pelo próprio perfil escolhido pelos postulantes.

O § 5° estabelece condutas mais graves por parte dos adotantes e, por isso, tais condutas serão apenadas com a exclusão (e não reavaliação) dos cadastros de adoção e vedação de renovação de habilitação.

A primeira conduta é aquela em que os pretendentes estão com a guarda da criança ou adolescente e desistem da adoção. Nesse caso, a adoção ainda não se completou, mas a expectativa gerada no adotando exige punição aos adotantes que criaram o sonho de uma família na mente de uma criança ou adolescente e depois a deixaram de lado dando a entender que ela não seria digna de pertencer ao seu núcleo familiar.

Outra hipótese prevista no § 5° diz respeito à "devolução" da criança ou adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção. Acreditamos que o termo "devolução" foi muito sutil e incompatível com o ato. Na verdade, estamos diante de um verdadeiro **abandono**. A palavra "devolução" parece demonstrar que é um direito dos adotantes.

Como já deixamos assentado no Título 2 da parte geral, capítulo 7, item "4.2", não há direito à devolução após o trânsito em julgado da sentença porque a adoção é irrevogável.

Contudo, o mundo dos fatos demonstra que existe o abandono da criança. É um abandono do próprio filho, já que a partir do trânsito em julgado da sentença não há mais qualquer distinção entre o filho de origem biológica e o de origem adotiva.

Em tais casos, a lei estabelece que os autores do abandono serão excluídos dos cadastros de adoção e não poderão renovar a habilitação, ou seja, não poderão buscar posteriormente se habilitar para nova adoção. O § 5° permite nova habilitação, se houver decisão judicial em contrário, mas que fique claro: a regra é que um ato tão grave vede, para sempre, futura habilitação.

A exclusão dos cadastros de adoção e vedação à nova habilitação não serão as únicas sanções aplicáveis. O § 5° deixa aberta a possibilidade de aplicação das "demais sanções previstas nas legislação vigente". Essas sanções podem ser civis, como, por exemplo, ação indenizatória e, por evidente, nova destituição do poder familiar com fulcro no artigo 1.638, II do Código Civil e, a depender do caso concreto, pode haver sanção criminal, lembrando que os pais respondem por crime omissivo impróprio (artigo 13, § 2°, "a" do CP).

CAPÍTULO 11 – DOS RECURSOS

1 - Introdução:

De acordo com doutrina abalizada, recurso "é o meio voluntário de impugnação de decisões judiciais capaz de produzir, no mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração do pronunciamento impugnado."[373]

No ECA o artigo 198 estatui que em matéria recursal adotar-se-á o sistema do Código de Processo Civil. Logo, mesmo que estejamos diante de um procedimento de apuração de ato infracional, que em primeira instância se valerá subsidiariamente do CPP (art. 152), o recurso seguirá a sistemática do CPC. Justamente por esse motivo não se admite recurso por eventual assistente de acusação, vez que essa figura não existe no processo civil.[374]

A título de exemplo, podemos expor que não cabe recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP) nos procedimentos do ECA, já que o Código de Processo Penal **não** é aplicado subsidiariamente nesse tema.

A Lei 12.594/12 (Lei do SINASE) alterou o *caput* do artigo 198 para deixar claro que a sistemática do CPC também se aplica nos processos relativos à execução de medidas socioeducativas. Assim, as decisões interlocutórias no curso de execução da MSE se sujeitam a agravo de instrumento, como se extrai do artigo 1.015, parágrafo único do CPC que indica esse recurso para as decisões em cumprimento de sentença ou processo de execução. Exemplo de decisão interlocutória no curso da execução de medida socioeducativa é a de reavaliação (artigo 42 da lei do SINASE).

Todavia, o CPC não se aplica integralmente, visto que o próprio ECA estipulou algumas adaptações que serão analisadas nos próximos tópicos.

2 - Dispensa de preparo:

O artigo 198, I do ECA estatui que os recursos serão interpostos independentemente de preparo, ou seja, sem necessidade de recolher as custas processuais.

A exemplo da interpretação do artigo 141, § 2° do Estatuto, que estabelece a isenção de custas e emolumentos nas ações de competência da Justiça da Infância e Juventude, também aqui nos recursos a dispensa de preparo se dirige somente às crianças e adolescentes como partes autoras ou rés. Essa é a posição cristalizada do STJ: " *A regra de isenção de custas e emolumentos inserta nos arts. 141, § 2º, e 198, I, do ECA é de aplicação restrita às crianças e aos adolescentes quando partes, autoras ou rés em ações movidas perante a Justiça da Infância e da Juventude, não alcançando outras pessoas que eventualmente possam participar dessas demandas.*"[375]

---

[373] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2 edição – São Paulo: Atlas, 2016, pág 490.

[374] Sobre a impossibilidade de assistente à acusação no procedimento de apuração de ato infracional, remetemos o leitor ao Título 6 da parte especial, Capítulo 6, item 5. Sobre a impossibilidade de recurso por assistente à acusação no procedimento para apuração de ato infracional vide: STJ REsp 605.025/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2005; REsp 1044203/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2009; REsp 1089564/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2012.

[375] STJ - REsp 1097824/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAM-

3 - Prazo recursal:

O artigo 198, II indica que em todos os recursos, salvo nos embargos de declaração[376], o prazo para o Ministério Público e para a defesa será sempre de 10 dias.

A atual redação é fruto de alteração feita pela lei do SINASE. O texto original mencionava que o prazo "para interpor e responder será sempre de 10 dias." Com base na redação original, o STJ entendia que o Ministério Público possuía prazo em dobro para recorrer, já que se aplicava a regra do CPC.[377]

A alteração legal promovida pela lei do SINASE teve como objetivo afastar essa orientação jurisprudencial, pois fixou expressamente o prazo para o Ministério Público em 10 dias.

Devemos lembrar que a Lei 13.509/17 reforçou a inexistência de prazo em dobro para o MP com a inclusão do § 2° no artigo 152 do ECA.[378]

Questão: A Defensoria Pública permanece tendo prazo em dobro para recorrer?

O prazo em dobro para a Defensoria tem amparo no artigo 186, *caput* do CPC e essa regra de aplicação subsidiária não foi afastada pela atual redação do artigo 198, II do ECA que se referiu genericamente à "defesa" e não à Defensoria. Nesse sentido, Fuller ensina que "em face de o art. 198, inciso II, do ECA, mencionar genericamente a 'defesa' (sem especificação da modalidade de defensor), entendemos que a Defensoria Pública conserva a prerrogativa de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais."[379]

Acresça-se que o prazo em dobro é uma prerrogativa dos membros da Defensoria Pública, conforme artigo 128, I da LC 80/94.

Questão: o prazo de 10 dias deve considerar somente os dias úteis ou a contagem é em dias corridos?

O artigo 219 do CPC descreve que "na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis." Como se sabe, o CPC se aplica ao sistema recursal do ECA.

Todavia, o Estatuto possui norma especial no artigo 152, § 2° estatuindo a contagem dos prazos em dias corridos. Dessa forma, ante o conflito entre o ECA e o CPC, prevalece a norma especial, no caso o Estatuto, de forma que a contagem desses prazos deve ser feita em dias corridos.[380]

Questão: o prazo do artigo 198, II do ECA se aplica a todos os recursos de compe-

---

PBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009.

[376] Os embargos de declaração possuem prazo de 5 dias, conforme artigo 1.023 do CPC.

[377] STJ - REsp 727.044/SC, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2008.

[378] "Os prazos estabelecidos nesta Lei e aplicáveis aos seus procedimentos são contados em dias corridos, excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento, vedado o prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público."

[379] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág.479.

[380] Nesse sentido: STJ - HC 475.610/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019.

tência da Vara da Infância e Juventude?

O STJ entende que o prazo específico de 10 dias exposto no artigo 198 só se aplica aos procedimentos específicos do ECA (artigo 152 a 197) e não a todos os procedimentos que tramitam na Vara de Infância.

Portanto, em uma ação civil pública que vise tutelar interesse infanto-juvenil a apelação terá o prazo do CPC – 15 dias. Diferente do exposto acima, nesse caso, serão contados somente os dias **úteis**. Isso porque, a tutela coletiva, apesar de contar com disposições no ECA, tem seu regramento em outras leis (Lei da Ação Civil Pública, número 7.347/85) de forma que não se trata de um procedimento **específico** do Estatuto.[381]

Seguindo o mesmo raciocínio, uma "ação de medida de proteção" ou outro nome similar, não encontra regulamentação entre os artigos 152 e 197 do ECA, de forma que o prazo recursal não segue o artigo 198, II do CPC.

Vejamos a posição do STJ:

> *(...) Na hipótese, os autos principais versam sobre "ação de medida de proteção" de menor que não estaria frequentando a rede regular de ensino, em virtude de omissão de seus genitores. Em razão do deferimento da tutela antecipada pleiteada pelo Ministério Público estadual, os réus interpuseram agravo de instrumento, que não foi conhecido pelo Tribunal de origem, em razão do decurso do prazo decenal estipulado no inciso II do artigo 198 do ECA.*
>
> 7. *Não se enquadrando a presente demanda entre os procedimentos especiais previstos no ECA, o prazo recursal a ser observado era o quinzenal, computado em dias úteis, consoante estipulado pelo Novo CPC, razão pela qual se afigura impositivo reconhecer a tempestividade do agravo de instrumento interposto na origem. (...) (REsp 1697508/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018).*

Questão: o prazo do artigo 198, II do ECA se aplica ao recurso especial?

Na hipótese de um procedimento específico do ECA (artigo 152 a 197) o artigo 198, II deve se aplicar em **todos** os recursos, salvo embargos de declaração como ressalvado pela própria lei.

Assim, o recurso especial também seguirá essa sistemática diferenciada do Estatuto,[382] de forma que o prazo é de 10 dias corridos.

---

[381] STJ - REsp 610.438/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2005.

[382] PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90). PRAZO RECURSAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 198 DO ECA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em razão da regra da especialidade e do objetivo de atender aos superiores interesses da criança e do adolescente, no sentido de se imprimir maior celeridade no julgamento dos feitos em matéria referente a essas pessoas, o prazo previsto no inciso II do artigo 198 da Lei 8.069/90 é aplicável inclusive ao recurso especial relativo aos procedimentos especiais previstos nos artigos 152 a 197 do ECA. (...) (AgInt no AREsp 1120686/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2018).

4 - Prioridade de julgamento:

Considerando que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o ECA estabelece a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos (artigo 152, § 1°). Como decorrência lógica, a prioridade de tramitação também deve se aplicar aos recursos.

Nesse sentido, o artigo 198, III afirma que os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor.

Ainda visando conferir celeridade, o artigo 199-C do ECA determina que os recursos nos procedimentos de adoção e destituição do poder familiar terão prioridade absoluta, devendo ser imediatamente distribuídos e serão colocados em mesa para julgamento sem revisão e com parecer urgente do MP.

Já o artigo 199-D diz que o relator deverá colocar o processo para julgamento no prazo máximo de 60 dias, contado da data de conclusão e o MP poderá apresentar o parecer oralmente.

Por fim, o artigo 199-E incumbe ao MP a função de fiscal da prioridade absoluta de tramitação ao assentar que o órgão ministerial poderá requerer a instauração de procedimento para apuração de responsabilidades se constatar o descumprimento das providências e do prazo previsto no ECA em matéria recursal.

5 - Efeitos dos recursos:

5.1) Introdução:

É da doutrina processual civil que se extraem os conceitos mais precisos sobre os efeitos dos recursos. Para o que interessa nessa obra, conceituaremos os efeitos suspensivo, devolutivo e regressivo, esse último também chamado de efeito de retratação.

O **efeito suspensivo** "é aquele que provoca o impedimento da produção imediata dos efeitos da decisão que se quer impugnar."[383]

Pelo **efeito devolutivo** "entende-se a transferência ao órgão *ad quem* do conhecimento de matérias que já tenham sido objeto de decisão no juízo *a quo*."[384] Em outras palavras: o efeito devolutivo é a transferência da análise da decisão para um órgão que, em regra, possui hierarquia superior àquele que proferiu a decisão original.

Já o **efeito regressivo** ou **efeito de retratação** "é o que autoriza o órgão *a quo* a rever a decisão recorrida."[385]

Visto esses conceitos iniciais, devemos aferir os efeitos que são atribuídos aos recursos do ECA.

---

[383] DIDER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. – Salvador: ed. Juspodivm, 2016, pág. 141.

[384] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único – 10. Ed. – Salvador: ed Juspodivm, 2018, pág. 1.524.

[385] DIDER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. pág. 146.

5.2) Efeito suspensivo e devolutivo:

5.2.1) Redação original do ECA:

Para entendermos os efeitos dos recursos no ECA devemos antes passar pela redação original do artigo 198, inciso VI do Estatuto que foi revogado pela lei 12.010/09: " *a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*".

De acordo com essa redação verificava-se que os recursos tinham, em regra, efeito somente devolutivo. As exceções eram os recursos que deferiam adoção por estrangeiro ou quando o juízo percebesse que havia perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como visto, esse inciso foi revogado. Logo, aplica-se o CPC de forma que a apelação, em regra, terá efeito suspensivo (artigo 1.012 do CPC). No agravo de instrumento, é possível que o relator atribua efeito suspensivo ou defira, total ou parcialmente, em antecipação de tutela, a pretensão recursal (artigo 1.019, I do CPC).

Fixadas essas premissas, passaremos ao próximo tópico que analisará a atual redação do ECA.

5.2.2) Redação atual do ECA:

Conforme adiantado no item anterior, o inciso VI do artigo 198 foi revogado, de forma que se aplica a normativa do CPC em relação aos efeitos dos recursos.

Todavia, a própria lei 12.010/09 – que revogou o inciso VI – incluiu dispositivos expressos atribuindo efeito somente devolutivo a alguns recursos.

O primeiro deles é o artigo 199-A que confere efeito "desde logo",[386] embora sujeita a apelação, à sentença que deferir a adoção, salvo se se tratar de adoção internacional ou houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando.

Nota-se que houve alteração de amplitude na atribuição de efeito somente devolutivo a ser dado pelo juízo. Pela redação original do artigo 198, VI, o efeito suspensivo era dado nos casos de "adoção por estrangeiro" e o artigo 199-A aperfeiçoa a terminologia e se refere à "adoção internacional". Todavia, de maneira ampla, o revogado inciso VI do artigo 198 permitia atribuir efeito suspensivo sempre que houvesse "perigo de dano irreparável ou de difícil reparação", ao passo que o artigo 199-A limita a concessão de efeito suspensivo à possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação **ao adotando**.

Assim, pela redação antiga a concessão do efeito suspensivo poderia abranger todo e qualquer procedimento, enquanto que pelo regramento atual o efeito suspensivo pode ser conferido somente nos casos de adoção e desde haja dano irreparável ou de difícil reparação **ao adotando**.[387]

Outro dispositivo incluído pela lei 12.010/09 foi o artigo 199-B que confere efeito me-

---

[386] Em relação à aparente contradição entre esse dispositivo e o artigo 47, § 7° do ECA, remetemos o leitor ao Título II da parte geral, capítulo 7, item "7.2".

[387] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. op. cit. pág. 92.

ramente devolutivo à sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar. De fato, ante a gravidade das causas que dão ensejo à destituição do poder familiar, é recomendável que sentença de procedência possa ser efetivada desde logo, sob pena de a criança ou adolescente permanecer sob a responsabilidade daqueles que praticaram atos graves no exercício do seu dever de cuidar.

5.2.3) Efeitos do recurso contra decisão que aplicou medida socioeducativa:

Quando se trata de recurso contra decisão em procedimento de apuração de ato infracional com aplicação de medida socioeducativa, a questão é mais tormentosa.

Para compreensão do tema, devemos dividir as hipóteses em duas: 1) quando o adolescente respondeu ao procedimento internado provisoriamente; 2) quando o adolescente respondeu ao procedimento em liberdade.

Na **primeira hipótese**, ou seja, quando o adolescente respondeu ao processo internado provisoriamente, não há maiores problemas. Com efeito, eventual apelação interposta deve se submeter ao duplo efeito previsto no CPC. Todavia, é preciso atentar para os casos em que o próprio CPC determina que o recurso terá efeito somente devolutivo.

Nessa linha, é de se citar, o artigo 1.012, § 1°, inciso V do CPC, que confere efeito apenas devolutivo para a sentença que "confirma, concede ou revoga tutela provisória". Ora, a internação provisória do ECA, se transportada para a sistemática do CPC, tem inegável natureza de tutela provisória (art. 294 do CPC), especificamente de tutela provisória cautelar. Assim, se o adolescente respondeu ao processo internado provisoriamente e a sentença julga procedente o pedido contido na representação, nada mais está fazendo do que confirmando a tutela provisória. Logo, em tais casos, o adolescente continua cumprindo a MSE mesmo que interponha recurso. Não há efeito suspensivo.

Seguindo esse raciocínio devemos partir para a **segunda hipótese**, qual seja: a do adolescente que respondeu ao processo em liberdade, mas o pedido da representação é julgado procedente e há aplicação de medida socioeducativa. Em tal caso, havendo recurso, deve o adolescente permanecer em liberdade ou precisa cumprir imediatamente a MSE?

Com base em tudo que foi exposto, a solução adequada é a de permitir que o adolescente recorra em liberdade, já que a apelação contará com efeito suspensivo e devolutivo. No mesmo sentido entende Galdino Bordallo: "Quando o adolescente autor de ato infracional se encontra liberado durante todo o curso da instrução do processo socioeducativo, eis que não existe nenhum motivo para que seja afastado do convívio social com a decretação da internação provisória ou para que lhe seja aplicada uma medida socioeducativa provisória, a apelação da sentença condenatória há de ser recebida em seu duplo efeito."[388]

Contudo, após controvérsia dentro do STJ, a Corte Superior entendeu de outra forma e assim se distanciou da melhor posição sobre o tema. Deveras, no HC 346.380/SP, a Terceira Seção, em julgamento por maioria, se posicionou no sentido de que <u>**mesmo**</u>

---

[388] BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Recursos. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1.126.

quando o adolescente responde ao processo liberado é possível que cumpra imediatamente a MSE imposta na sentença. Em outras palavras, entendeu o STJ que o recurso teria efeito apenas devolutivo.

Os argumentos utilizados para tal posição são os seguintes: a) aplicação do princípio da intervenção precoce (art. 100, PU, VI do ECA); b) aplicação do artigo 215 do ECA que estatui a possibilidade do juiz conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte. De acordo com a Corte, o juízo **pode** conferir efeito suspensivo, mas não se trata de uma imposição; c) a medida socioeducativa tem como objetivo principal a ressocialização – não se trata de punição; d) condicionar o cumprimento da MSE ao trânsito em julgado afronta o escopo ressocializador e permite que o adolescente permaneça em situação de risco; e) a lei 12.010/09 quando revogou o artigo 198, VI do ECA teve o objetivo de interferir nos processos cíveis, notadamente de adoção, de forma que o legislador não imaginou em alterar a sistemática relacionada aos processos infracionais; f) o prazo máximo de internação provisória em 45 dias faz com que os magistrados evitem decretar a medida e prefiram reservar a análise da aplicação de MSE somente para o momento final do processo.

Como deixamos claro acima, o STJ se distanciou do melhor entendimento sobre a matéria. Abaixo faremos críticas a cada argumento lançado pelo STJ.

a. **Aplicação do princípio da intervenção precoce:** o princípio da intervenção precoce está inserido no parágrafo único do artigo 100 do ECA e nesse mesmo dispositivo figuram outros princípios. A intervenção precoce deve ser compatibilizada com o princípio da intervenção mínima (artigo 100, PU, VII do ECA) que deve ser entendido como uma limitação da atuação das autoridades e instituições que só devem agir quando for **indispensável** à efetiva promoção dos direitos e proteção da criança e adolescente. Logo, em se tratando da liberdade de locomoção de adolescente, deve prevalecer o princípio da intervenção mínima.

b. **O artigo 215 do ECA demonstra que o juiz pode, diante do caso concreto, conferir efeito suspensivo:** o dispositivo em questão está no capítulo VII que trata da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos. Não tem qualquer relação com o capítulo que cuida dos recursos.

c. **As medidas socioeducativas tem como objetivo principal a ressocialização:** em determinado trecho do voto condutor é dito que "*considerando que a medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora, não calharia a alegação de ofensa ao princípio da não culpabilidade*". O equívoco desse posicionamento está em desconsiderar o mundo dos fatos e o mundo jurídico. No mundo dos fatos vemos que as unidades socioeducativas, notadamente as de internação, representam verdadeiras prisões de adolescentes. É claro que isso muda a depender do Estado da federação, mas há celas/regime disciplinar/rotinas próprias, tudo a demonstrar que existe de fato uma punição quando se aplica medida socioeducativa. No mundo jurídico, citamos o artigo 1°, § 2° da lei do SINASE que expõe os objetivos das medidas socioeducativas, dentre os quais se destacam a "responsabilização do adolescente" e a "desaprovação da conduta infracional", a demonstrar que a própria lei reconhece que existe caráter sancionatório nas medidas socioeducativas.

Assim, a carga sancionatória da MSE não permite que argumentos como o lançado sejam aceitos.

d. **Condicionar o cumprimento da MSE ao trânsito em julgado afronta o escopo ressocializador e permite que o adolescente permaneça em situação de risco:** se mostra incorreto executar imediatamente a MSE para afastar a situação de risco do adolescente. Se o objetivo é proteger o adolescente, o melhor caminho é aplicar alguma medida protetiva (artigo 101 do ECA), sendo certo que essas estão dispostas em caráter meramente exemplificativo no Estatuto.

e. **A lei 12.010/09 cuida de processos cíveis, especificamente de adoção, de forma que o legislador não pretendeu sua aplicação aos processos infracionais:** a aceitar tal argumento, estaríamos admitindo que o artigo 198, VI, apesar de revogado, continuaria a produzir efeitos! Não vemos qualquer base para tal posicionamento, até porque isso faria do julgador um legislador, em manifesta afronta ao princípio da separação dos poderes (artigo 2° da CRFB).

f. **O prazo de 45 dias da internação provisória faz com que muitos julgadores optem por não decretá-la e aguardem o final do processo:** mais uma vez discordamos da fundamentação exarada. A morosidade do Judiciário não pode servir de fundamento para prejudicar o adolescente que respondeu ao procedimento liberado.

De remate, destacamos que a posição atual do STJ afronta o princípio da vedação ao tratamento mais gravoso porque o adulto em igual situação recorreria em liberdade, mas o adolescente passaria a cumprir imediatamente a MSE. Destacamos que, de acordo com nosso posicionamento, o princípio da vedação ao tratamento mais gravoso não se restringe à execução das medidas socioeducativas, mas sim a todo o Direito da Criança e do Adolescente.[389]

Por fim, é de se destacar que o posicionamento do STJ não está afinado com a posição do STF sobre o assunto. De forma mais acertada, o STF assim entende:

> EMENTA *Habeas corpus*. Ato infracional. Roubo qualificado. Artigo 157, § 2º, II, do Código Penal. (...) Internação provisória. Revogação, no curso da instrução, pelo juízo de primeiro grau. Aplicação, na sentença, de medida socioeducativa de internação, com determinação de sua imediata execução, "independentemente da interposição de recurso". Inadmissibilidade. Inexistência de motivação idônea. Internação que, antes do trânsito em julgado da sentença, não se desveste de sua natureza cautelar. Hipótese que traduz antecipação da tutela jurisdicional de mérito, incompatível com a presunção de inocência como "norma de tratamento". Princípio que tem aplicação ao processo de apuração de ato infracional. Apelação, ademais, que deve ser recebida no seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 198 da Lei nº 8.069/90 e do art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil. (...) 3. O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), como norma de tratamento,

389 Abordamos o assunto na Primeira Parte dessa obra, capítulo 4, item 5, para onde remetemos o leitor.

> veda a imposição de medidas cautelares automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena. 4. A presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-aflitivo. (...) (HC 122072, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014).

5.3) Efeito regressivo ou efeito de retratação:

O efeito regressivo dos recursos no Estatuto da Criança e do Adolescente encontra previsão no artigo 198, VII. Por tal dispositivo, *"antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso do agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias."*

A primeira observação que se faz diz respeito a uma suposta "remessa do instrumento". O ECA dá a entender que será proferido juízo de retratação e, somente após, o instrumento será remetido ao Tribunal para a apreciação.

Todavia, essa conclusão afrontaria a sistemática do agravo de instrumento, pois esse é um recurso interposto diretamente no Tribunal. Visto isso, qual a razão de o Estatuto se referir a remessa do instrumento após o juízo de retratação?

O ECA, lei de 1990, está alinhado com a redação do CPC então vigente. Em 1990, o artigo 524 do CPC/73 previa que o instrumento, ou seja, as peças dos autos que servirão de base para a apreciação da matéria pelo Tribunal, era formado em primeira instância, a exemplo do que ocorre no recurso em sentido estrito do CPP (artigo 587 do Código de Processo Penal).

Todavia, a lei 9.139/95 alterou o CPC de 1973 e passou a dispor que o agravo de instrumento deveria ser interposto diretamente no Tribunal e já iria com as peças dos autos formadas pelo próprio recorrente.

Em outras palavras: apesar da literalidade do artigo 198, VII do ECA, o instrumento não é remetido ao Tribunal após o juízo de retratação; o próprio recorrente já deve interpor o recurso, com o instrumento, no Tribunal respectivo.

Essa alteração, no entanto, não vai interferir no juízo de retratação, porque o agravo de instrumento já possui previsão nesse sentido, conforme artigo 1.018 do CPC.

Questão: a falta do juízo de retratação gera nulidade?

O STJ entende que trata-se de mera irregularidade: *"A ausência do juízo de retratação, previsto no art. 198, inciso VII, do ECA, consiste em mera irregularidade, incapaz de afetar a essência do processo, que tem em vista a breve solução dos interesses de menores. Ademais, se no momento processual de exercer o juízo de retratação o magistrado remete os autos à instância superior, é de se considerar, por evidente, que manteve a decisão impugnada."*[390]

---

[390] STJ - HC 181.294/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2011.

Por fim, o artigo 198, VIII explicita o rito procedimental a ser seguido após a decisão de retratação. Se o juízo mantiver sua decisão, o recurso será encaminhado à superior instância em 24 horas, independentemente de novo pedido do recorrente. Por outro lado, se houver reforma da decisão no juízo de retratação, a remessa dos autos dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação.

6 - Aplicação da técnica de ampliação de julgamento aos recursos relacionados à apuração de ato infracional:

Questão interessante e que merece tópico separado nessa obra, diz respeito à aplicação da técnica de ampliação de julgamento nos recursos oriundos de procedimento de apuração de ato infracional.

A técnica de ampliação de julgamento encontra previsão no artigo 942 do CPC, assim redigido: " *quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.*"

A técnica de ampliação de julgamento sucedeu os embargos infringentes previstos no CPC/73, sendo certo que essa técnica não é considerada um recurso. Desnecessária a iniciativa da parte para provocar a ampliação de julgamento. Basta que haja resultado não unânime de apelação para que outros julgadores sejam convocados a decidir o feito. Na ação rescisória se aplica a técnica quando o julgamento não unânime resultar na rescisão da sentença. No agravo de instrumento, é cabível a aplicação da técnica se o julgamento não unânime reformar a decisão que julgou parcialmente o mérito (art. 942, § 3° do CPC).

Considerando que o sistema recursal do CPC se aplica aos procedimentos regulados pelo ECA, a primeira impressão que teríamos levaria a crer que essa técnica é aplicável sem restrições nos casos de recurso envolvendo procedimento de apuração de ato infracional. Todavia, a questão não é tão simples como parece.

Vamos imaginar que um adolescente tem contra si aplicada uma MSE e a defesa recorre. Chegando ao Tribunal, é proferido julgamento não unânime que reforma a sentença e nega a aplicação de qualquer medida socioeducativa. Seguindo o artigo 942 do CPC, utiliza-se a técnica de ampliação de julgamento e o colegiado altera a decisão proferida pelo Tribunal e determina que o adolescente deve sim ter contra si julgada procedente a representação, com aplicação de MSE; portanto, a sentença de primeiro grau foi confirmada. Em outras palavras: a técnica de ampliação de julgamento foi utilizada e gerou resultado desfavorável ao adolescente.

Ainda no exemplo acima, pensemos no caso em que um adulto respondeu pelo mesmo fato na Vara Criminal. É comum vermos adultos e adolescentes sendo presos e apreendidos, respectivamente, praticando a mesma conduta. Na sentença aplicada pelo juízo criminal, o adulto foi condenado e a defesa recorreu. O Tribunal reformou a sentença por maioria de votos e absolveu o adulto. Nesse caso, utilizando o CPP, não haverá aplicação da técnica de complementação de julgamento e o Ministério Público **não poderá interpor recurso de embargos infringentes** porque tal modalidade recursal,

pelo CPP, é privativa da defesa, como se verifica no artigo 609, PU do Código de Processo Penal.

Logo, essa situação geraria a absurda conclusão que o adolescente que foi apreendido junto com o adulto teria tratamento mais gravoso que aquele dispensado ao maior de idade. Não podemos esquecer que a medida socioeducativa possui claro viés sancionatório.

Justamente por tal motivo é que entendemos que a técnica de ampliação de julgamento só pode ser aplicada **se for favorável ao adolescente**.

Embora o artigo 198 do ECA preveja a aplicação do CPC ao sistema recursal, não podemos deixar de lado que a principiologia do Direito da Criança e do Adolescente acompanha todo o processo. A aplicação do CPC não faz com que um procedimento de apuração de ato infracional se transforme em um processo cível. Exatamente por essa razão, a competência para julgamento do recurso no procedimento de apuração de ato infracional é da Câmara Criminal e na da Câmara Cível. Logo, aplicar o CPC cegamente faz com que deixemos de lado todas as peculiaridades que envolvem a apuração de ato infracional.

O STJ controverte sobre o tema. Há decisões da Corte Superior em sentidos diametralmente opostos, como se verifica abaixo.

STJ – Sexta Turma – entende que a técnica de ampliação do julgamento só pode ser aplicada caso seja mais favorável ao adolescente:

> RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ACÓRDÃO QUE EXTINGUE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. DECISÃO NÃO UNANIME FAVORÁVEL AO MENOR INFRATOR. TÉCNICA DE COMPLEMENTAÇÃO DE JULGAMENTO PREVISTA NO ARTIGO 942 DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE DE PROCEDIMENTO MAIS GRAVOSO QUE O ADOTADO NO PROCESSO CRIMINAL EM AFRONTA ÀS NORMAS PROTETIVAS QUE REGEM O ECA.
>
> 1. O sistema recursal da lei processual civil é aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, por força do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
> 2. Ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de reformatio in pejus e, conquanto que não se cuide de recurso ou meio autônomo de impugnação, estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, como admite a jurisprudência desta Corte, é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo do menor.
> 3. A aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente implicaria em conferir ao menor tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos

> na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria não beneficiar o réu, culminando em induvidosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. (...) (REsp 1694248/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018)

STJ – Quinta Turma – entende que a técnica de ampliação de julgamento pode ser aplicada mesmo quando isso não favorecer o adolescente:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ECA. APLICAÇÃO DO ART. 942 DO NCPC. POSSIBILIDADE. ART. 198 DO ECA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. Segundo o art. 198 do ECA, nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, deve ser adotado o sistema do Código de Processo Civil, que prevê, atualmente, em caso de decisão por maioria, nova técnica de complementação de julgamento, com a tomada de outros votos em sessão subsequente ou na mesma sessão.
>
> 2. Admite-se, assim, a incidência do art. 942 do novo Código de Processo Civil para complementar o julgamento da apelação julgada por maioria nos procedimentos relativos ao estatuto do menor.
>
> (...) (AgRg no REsp 1673215/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018).

A questão permanece em aberto na jurisprudência, mas nos parece que o posicionamento da Sexta Turma, no sentido de aplicar a técnica somente quando favorecer o adolescente, é o mais adequado às normas de Direito da Criança e do Adolescente.

CAPÍTULO 12 – DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1 - Introdução:

O Ministério Público tem ampla regulamentação constitucional (artigo 127 e seguintes da CRFB). Trata-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É uma função essencial à justiça, ao lado da Advocacia Pública, da Advocacia e da Defensoria Pública.

Na área da infância e juventude o MP possui atuação destacada. Do artigo 200 ao 205 do ECA há regulamentação minuciosa da atuação institucional, o que demonstra a vontade do legislador de fazer do Ministério Público uma verdadeira instituição de promoção dos direitos infantojuvenis.

2 - Das atribuições:

Embora o ECA tenha sido minucioso ao tratar do MP, não se pode concluir que tenha esgotado as atribuições institucionais. Isso porque, outras atribuições específicas podem ser previstas na lei orgânica, conforme art. 200 do Estatuto.

O artigo 201 do ECA prevê atribuições ministeriais **em caráter meramente exemplificativo**. A essa conclusão se chega pelo § 2° do artigo 202 ao evidenciar que as atribuições constantes do *caput* não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público.

Vê-se no rol do artigo 201 que há atribuições a serem exercidas judicialmente e outras extrajudicialmente. Exemplo de atribuição voltada à esfera judicial é a que se encontra no inciso IX que dispõe sobre a impetração de mandado de segurança, de injunção e *habeas corpus*. Como exemplo de atribuição extrajudicial, temos o inciso VI que se refere à instauração de procedimentos administrativos.

É fato que muitos problemas podem ser resolvidos sem a busca da providência judicial. É o caso da expedição de recomendações que são atos visando adequar a conduta de alguma pessoa física ou jurídica ao ditames do ordenamento jurídico. A recomendação não vincula o destinatário, mas deixa claro que já tinha conhecimento de que sua atuação, aos olhos do MP, parecia contrária às normas jurídicas. Exemplo: se o MP entender que existe doutrinação religiosa indevida dentro de uma unidade socioeducativa, é possível que recomende seu término, ao invés de ingressar imediatamente com a ação cabível.

Visto isso, passaremos às atribuições mais importantes:

Ação de alimentos: a atribuição prevista no ECA que causou maior celeuma jurisprudencial diz respeito à legitimidade do MP para ação de alimentos em favor de crianças e adolescentes. Essa legitimidade está expressa no artigo 201, III do ECA.

Houve entendimento no sentido de que a legitimidade do MP só se faria presente quando a criança ou adolescente estivesse em situação de risco. Isso porque, de acordo com artigo 148, parágrafo único, alínea "g" do Estatuto, a competência da Vara da Infância para conhecer de ações de alimentos só se daria quando estivesse caracterizada alguma situação de risco (artigo 98 do Estatuto).

Todavia, a situação de risco pode gerar alteração de competência ou mesmo de atribuição interna dos órgãos ministeriais, mas não pode influir na legitimidade do Ministério Público sob o ponto de vista institucional.

Outro argumento acerca da legitimidade do MP é relacionado à existência e efetividade da Defensoria Pública na comarca. Argumentava-se que a existência de Defensoria Pública afasta a atuação ministerial.

Mais um vez o argumento é equivocado. Com efeito, a Defensoria Pública atua, em ações de alimentos, representando a parte interessada, ao passo que o MP atua como substituto processual. Assim, se uma genitora, que representa seu filho de 4 anos, entender que não deve cobrar alimentos do pai, a Defensoria nada poderá fazer. Por outro lado, o MP, como atua na qualidade de substituto processual, poderá ajuizar a demanda em favor da criança, mesmo que isso seja contrário ao posicionamento pessoal da representante legal.

Além disso, não há qualquer prejuízo em conferir legitimidade ao MP, que deve ser visto como mais uma Instituição promotora dos direitos das crianças e adolescentes.

Eventuais interesses corporativos devem ser afastados dessa temática. A "guerra de atribuições" entre as Instituições está afinada com aumento de poder, de orçamento, de prestígio. Não devemos deixar que esses objetivos afastem o real motivo da criação das Instituições: servir à população.

O STJ tem posição pacificada no sentido de que o MP pode ingressar com ação de alimentos, sem considerar critérios como situação de risco ou existência da Defensoria Pública na comarca. Nesse sentido é a súmula 594: *"O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca."*

A súmula encontra respaldo no tema 717 de recurso repetitivo, de forma que essa tese possui efeito vinculante.

Oficiar em todos os procedimentos da competência da Justiça da Infância e Juventude: o inciso III confere ao MP a incumbência de oficiar nos procedimentos da Vara de Infância. Se não for parte, atuará na defesa dos direitos e interesses descritos no ECA e terá vista dos autos após as partes (artigo 202). A forma de instar a atuação ministerial é por meio de intimação pessoal (art. 203).

O artigo 204 explicita que a falta de intervenção do MP acarreta nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

Entendemos que a nulidade é absoluta, ou seja, não deve ser considerada a existência de prejuízo no caso concreto. É fato que a intervenção ministerial busca atender aos interesses de crianças e adolescentes, o que poderia levar à conclusão que um procedimento, sem intervenção do MP e com resultado favorável à criança/adolescente, não mereceria ser declarado nulo.

Entretanto, é difícil verificar em processo na Vara da Infância se o resultado foi efetivamente o melhor para os que não completaram a maioridade. Pensemos no exemplo de uma ação de adoção c/c destituição do poder familiar movida pelo interessado. Julgado procedente o pedido, terá sido satisfeito o interesse da criança/adolescente? Difícil dar uma resposta, pois vários argumentos subjetivos e valorativos são avaliados.

Assim, entender que a nulidade não é absoluta implica afastar a possibilidade do MP colocar sob apreciação judicial a sua impressão valorativa e subjetiva do caso. Não podemos admitir tal posicionamento.

Logo, a falta de intervenção ministerial nos procedimentos da competência da Justiça da Infância e Juventude é causa de nulidade absoluta.

Promover a especialização de hipoteca para prestação de conta dos tutores: essa atribuição está prevista no inciso IV do artigo 201, mas se encontra esvaziada. Isso porque a especialização de hipoteca encontrava previsão na redação do artigo 37 do ECA, que foi alterada pela Lei 12.010/09.

Assim, não se exige mais a especialização de hipoteca para garantir que o tutor cuide de forma adequada dos bens de seu pupilo.[391]

---

[391] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 184.

Instaurar procedimentos administrativos com possibilidade de requisição: o inciso VI estabelece a atribuição de instaurar procedimentos administrativos e requisitar exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, bem como requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas.

A requisição é uma ordem. Não se trata de uma solicitação. Claro que a utilização indevida das informações obtidas gera responsabilidade do membro do MP (artigo 201, § 4°).

A requisição conferida ao MP se destina tanto a entidades públicas, como privadas. É diferente do que se atribui à Defensoria Pública, pois sua lei orgânica nacional (LC 80/94) só admite a requisição tendo como destinatária autoridades públicas ou seus agentes (artigo 128, X – referente às Defensorias estaduais).

3 - Regras finais:

Encerrando o capítulo temos regras finais como a do artigo 201, § 1° que indica ser a legitimação do MP disjuntiva e autônoma. Em outras palavras, o MP pode ingressar com a ação de forma isolada, mas isso não impede que outros legitimados também o façam.

É claro que atribuições como a prevista no artigo 201, I só podem ser desempenhadas pelo MP. Ali se cuida da remissão como forma de exclusão do processo socioeducativo. Ora, se a ação socioeducativa só pode ser movida pelo MP, somente a própria instituição pode remitir como forma de exclusão do processo. Importante lembrar: a remissão também pode ser dada pela autoridade judiciária, mas nesse caso será forma de **suspensão** ou **extinção** do processo; não é forma de **exclusão** do processo.

O artigo 201, § 3° estabelece que o representante do MP, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente. Trata-se da aplicação da teoria dos poderes implícitos. Se a lei conferiu diversas atribuições ao Ministério Público, deve assegurar os meios para que ele as cumpra.

Exemplo pode ser visto na entrada do membro do MP em estabelecimentos de acolhimento institucional ou mesmo em unidade que desenvolve programa socioeducativo.

Por fim, o artigo 205 afirma que a manifestação do MP será sempre fundamentada. Logo, são indevidas as cotas "de acordo" ou "nada a opor", muitas vezes vistas na prática.

CAPÍTULO 13 – DO ADVOGADO

1 - Introdução:

Os artigos 206 e 207 do ECA normatizam minimamente a defesa técnica do adolescente. O título do respectivo capítulo no Estatuto leva o nome "Do Advogado". Todavia, o melhor seria nominar "Da Defesa Técnica". Isso porque, a regulamentação cuida da defesa do adolescente em juízo, seja pela advocacia privada, seja pela Defensoria Pública. É importante destacar que, a exemplo do que ocorre com o Ministério Público, a advocacia e a Defensoria são Funções Essenciais à Justiça, conforme artigos 133 e 134 da CRFB.

2 - Intervenção da defesa técnica:

O artigo 206 do ECA prevê a possibilidade da criança ou adolescente, seus pais ou responsável, ou qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide, intervir no processo por meio de advogado ou defensor público.[392]

O fato de ter mencionado todos esses atores (criança ou adolescente; pais ou responsável; qualquer pessoa que tenha legítimo interesse) permite concluir que a intervenção é autônoma, ou seja, é possível que os pais tenham um advogado e o adolescente esteja com outro advogado. A defesa técnica não precisa estar sendo exercida pelo mesmo profissional. O próprio ECA admite a possibilidade de colidência de interesses entre crianças/adolescentes e seus pais/responsável, o que atrai a atuação da curadoria especial (artigo 142, PU).[393]

Prossegue o artigo 206 afirmando que a intimação do advogado será pessoal ou por publicação oficial. Aqui é necessário esclarecer que a defesa técnica exercida pela Defensoria Pública sempre necessitará de intimação pessoal com vista dos autos (artigo 128, I da LC 80/94 – referente às Defensorias estaduais). Logo, ao advogado constituído haverá a intimação com publicação oficial, ao passo que à Defensoria haverá intimação pessoal, **com vista dos autos**. A regra do Estatuto deve ser somada à prerrogativa da Defensoria para concluir que a intimação só se completa com a efetiva remessa dos autos ao órgão de atuação defensorial.

O parágrafo único do artigo 206 garante a prestação de assistência judiciária integral e gratuita. Essa assistência (melhor seria se tivesse utilizado o termo *jurídica* nos moldes do artigo 5°, LXXIV da CRFB) será prestada pela Defensoria Pública. Não cabe ao juízo optar entre a atuação da Defensoria e a atuação de advogados dativos. A Constituição já estabeleceu que a Defensoria será a instituição encarregada dessa missão. Entender diversamente faria com que o juízo tivesse ingerência indevida na defesa técnica, muitas vezes nomeando advogados próximos, que a ele acabam subordinados faticamente o que pode deixar o interesse da criança/adolescente de lado para não precisar "discordar" das decisões judiciais.

É claro que se a Defensoria Pública não estiver instalada na comarca a nomeação de advogado dativo será a solução. Todavia, havendo Defensoria Pública devidamente instalada e em atuação no juízo, não caberá ao juízo ou a qualquer outra autoridade, optar por defesa técnica gratuita diversa.

Essa regra cede face à própria vontade da criança ou adolescente. Como sujeitos de direitos, possuem a prerrogativa inafastável de contratar advogado particular de sua confiança.

No procedimento de apuração de ato infracional, a defesa técnica é indisponível, de forma que o defensor (público ou privado) atuará mesmo que o adolescente esteja

---

[392] Sobre a impossibilidade de assistente à acusação no procedimento de apuração de ato infracional, remetemos o leitor ao Título V, capítulo 6, item V.

[393] VIEIRA, Enio Gentil. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 1.311.

ausente ou foragido (art. 207).

O artigo 207, § 2° estatui que a ausência do defensor não implicará no adiamento do ato, devendo o juízo nomear substituto. A regra deve ser bem compreendida: a ausência **injustificada** do defensor pode acarretar a nomeação de substituto. Além disso, o adolescente deve ser indagado pelo juízo acerca da concordância com a nomeação de defensor para o ato.

Apesar da regra buscar a celeridade processual, vemos que trata-se de um desprestígio à defesa técnica. O advogado contratado pelo adolescente não pode ser substituído ao livre alvedrio judicial. Da mesma forma, o membro da Defensoria Pública não pode ser simplesmente "trocado" por um advogado que esteja passando pelos corredores do fórum.

Fica a pergunta: a ausência do membro do Ministério Público (que promove a acusação do ato infracional) acarreta na nomeação de advogado para o ato? A resposta é claramente negativa! Então, por qual motivo, devemos aceitar a nomeação para o ato da defesa técnica? A defesa tem menos importância que a acusação?

Por tais fatos, reconhecendo que a prática utiliza esse permissivo de forma abundante, estabelece-se as seguintes restrições:

1. o juízo deve verificar se a ausência é justificada. Meros atrasos à audiência ou equívocos relacionados à data ou situações similares não podem gerar a nomeação de advogado para o ato. Se houver desleixo por parte do profissional, a solução é notificar a corregedoria responsável e adiar o ato para data próxima;
2. o adolescente deve ser consultado para aceitar expressamente a defesa técnica a ser indicada. Caso os pais ou responsável estejam presentes, devem ser consultados também;
3. de qualquer forma, mesmo que haja a nomeação de defesa técnica para o ato, a sequência processual caberá ao advogado constituído. A defesa é só *para o ato* e não para a integralidade do processo.

Essas regras devem ser respeitadas pelo juízo e, principalmente, pelos advogados e defensores públicos. É necessário recusar a nomeação se essa for arbitrária e contrária aos interesses do adolescente. Somente assim veremos a defesa, pública ou privada, agindo com independência e autonomia em relação ao Judiciário.

De forma derradeira, o artigo 207, § 3° do ECA afirma que será dispensado mandato quando se tratar de defensor nomeado ou se houver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária. Como exemplo podemos citar o adolescente que comparece à audiência de apresentação e indica expressamente quem é seu advogado.

Ainda sobre a dispensa de mandato, vale mencionar a prerrogativa da Defensoria de representar a parte em feito administrativo ou judicial independentemente de mandato, salvo nos casos para os quais a lei exija poderes especiais (art. 128, XI da LC 80/94).

CAPÍTULO 14 – DA PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS

1 - Introdução:

O ECA trata da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos a partir do artigo 208. O capítulo não cuida somente da ação civil pública ou, de forma mais técnica, da tutela coletiva. O tema é tratado de forma ampla, incluindo ações como mandado de segurança e obrigação de fazer (artigos 212, § 2° e 213). No que toca à "ação de obrigação de fazer", o ECA fez previsão de tutela liminar[394] (tutela provisória pela terminologia do CPC – artigo 294) e buscou assegurar a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente, inclusive com a fixação de multa diária como meio de coerção ao cumprimento da obrigação, sendo certo que essa só será cobrada após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor (art. 213, § 3° do ECA).

No mesmo sentido, o *caput* do artigo 212 afirma que para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta lei, são admissíveis **todas** as espécies de ações pertinentes.

Subsidiariamente, aplica-se o CPC (artigo 212, § 1°).

Portanto, todas as ações são cabíveis para tutelar os direitos previstos para o público infanto-juvenil. Visto isso, indaga-se: quais são os direitos que podem ser tutelados?

O artigo 208 traz um rol de direitos materiais cujo não oferecimento ou oferta irregular pode gerar a correspondente ação judicial. Do inciso I ao IV e VIII o ECA trata de direitos referentes à educação e profissionalização. Nos incisos VI e VII estão expressos os direitos referentes à assistência social e saúde. No inciso IX há disposição tratando do direito à convivência familiar. O inciso X cuida dos programas de atendimento para execução de medidas socioeducativas e aplicação de medida de proteção. Por fim, o inciso XI se refere a políticas e programas de atendimento à criança e adolescentes vítima ou testemunha de violência (tal inciso foi acrescentado pela Lei 13.431/17 que trata do sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítima ou testemunha de violência).

Apesar do artigo 208 trazer um rol extenso, tal enumeração é meramente exemplificativa, razão pela qual não pode servir como limitador do acesso ao Judiciário em busca da tutela de outros direitos materiais. Isso fica claro pelo artigo 208, § 1° ao afirmar que as hipóteses acima elencadas não excluem da proteção judicial outros interesses difusos ou coletivos, próprios da infância e adolescência protegidos pela CRFB e pela lei. Além disso, o ECA também trata de medida extrajudicial. Isso vem expresso no artigo 208, §2° que se refere à investigação do desaparecimento de crianças e adolescentes, que deve ser localizada com a comunicação do fato aos portos, aeroportos, polícia rodoviária, companhias de transporte interestaduais e internacionais, com o fornecimento de todos os dados necessários à identificação do desaparecido.

Ainda tratando dos direitos que podem ser tutelados como próprios da infância e adolescência, uma questão chama a atenção: o artigo 208, § 1° do ECA permite a proteção judicial de outros interesses individuais, **difusos ou coletivos**. Não há menção expressa aos direitos individuais homogêneos. Assim, fica a questão: é possível a proteção dos

---

[394] Artigo 213, § 1°do ECA.

direitos individuais homogêneos com base nas disposições do ECA?

Antes de responder, precisamos estabelecer os conceitos de direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. O Código de Defesa do Consumidor faz a definição no artigo 81, parágrafo único, nos seguintes termos:

a. **Interesses ou direitos difusos**: os transidividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

b. **Interesses ou direitos coletivos**: os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

c. **Interesses ou direitos individuais homogêneos**: os decorrentes de origem comum.

Pela conceituação acima se percebe que não faz nenhum sentido afastar a tutela de direitos individuais homogêneos com base no ECA. Afinal, tais direitos apenas representam a junção de direitos individuais. Com a precisão que lhe é de costume, Hugo Nigro Mazzilli explica a razão do ECA não ter se referido expressamente a direitos individuais homogêneos:

> *"Ao cuidar da tutela de interesses transindividuais ligados à infância e à juventude, o ECA só se referiu, expressamente, aos interesses difusos e coletivos. Entretanto, o fato de o ECA não se ter referido a interesses 'individuais homogêneos' – terminologia que só viria a ser consagrada pouco depois, no CDC -, não impede que esses interesses transindividuais (que, lato sensu, são interesses coletivos) sejam defendidos pelos colegitimados ativos à ação civil pública, em vista da aplicação harmônica e integrada do ECA, da LACP e do CDC. Com efeito, não seria exigível que a Lei n. 8.069/90 se referisse à terminologia de 'interesses individuais homogêneos', se essa expressão só veio a ser consagrada em lei posterior, o CDC (Lei n. 8.078/90). Assim, a interpretação adequada a respeito é a de que, ao referir-se a interesses difusos e coletivos, o ECA quis alcançar, lato sensu, quaisquer interesses transindividuais."*[395]

Passadas essas noções introdutórias, nos debruçaremos a seguir nas regras específicas.

2 - Da competência:

A competência material para julgamento das ações mencionadas a partir do artigo 208 do ECA é da Vara da Infância, como se vê no artigo 148, IV. Trata-se de competência exclusiva, ou seja, não depende da situação de risco.

Apesar disso, a jurisprudência não define ao certo se todas as ações que envolvem direitos da criança e do adolescente terão a competência atribuída à Vara de Infância. O

---

[395] MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses – 23 ed. rev., ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 691.

que se percebe é que a competência é definida em cada caso, sem uma sistematização mais profunda.

O STJ já enfrentou caso em que se pedia a rematrícula de adolescente em escola e entendeu que a competência seria da Vara da Infância:

> *INFANCIA E JUVENTUDE. COMPETÊNCIA. VARA ESPECIALIZADA. ENSINO. MATRÍCULA. AÇÃO MANDAMENTAL. É DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO MANDAMENTAL PROPOSTA COM FUNDAMENTO NO ART. 212, PAR. 2., DA LEI 8.069/1990 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE), PARA ASSEGURAR O DIREITO DE MENORES A REMATRÍCULA EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO.(...) (REsp 135.695/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/1997)*

Por outro lado, há julgados de Tribunais estaduais que, de maneira incorreta, analisam a competência e aferem se há situação de risco.[396] Como dissemos acima, a competência nas hipóteses do artigo 148, IV não é condicionada à situação de risco. Há também julgados no sentido de diferenciar demandas meramente patrimoniais, que não seriam da competência da Vara de Infância, daquelas demandas que envolvem diretamente o direito em si. O TJRJ entendeu que é da competência da Vara de Fazenda e não da Vara de Infância, ação reparatória em que criança pede danos morais por ter ficado sem acesso à creche pública.[397]

Diante do limbo jurisprudencial sobre o assunto, entendemos que a competência com base no 148, IV do ECA deve ser definida da seguinte maneira: são da competência da Vara de Infância todas as ações, individuais ou coletivas, que tratem diretamente dos assuntos elencados no rol do artigo 208 do ECA. Se o caso versar somente sobre reparação

---

[396] Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA PROPOSTO POR MENOR EM DESVAFOR DE ESTABELECIMENTO PÚBLICO DE ENSINO. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA EM FAVOR DA VARA DA INFÂNCIA, DA JUVENTUDE E DO IDOSO. RECURSO DA IMPETRANTE PLEITEANDO A MANUTENÇÃO DOS AUTOS NA VARA DE FAZENDA PÚBLICA. MENOR QUE NÃO SE ENCONTRA EM SITUAÇÃO DE RISCO. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DO ART. 98 E 148 DA LEI Nº 8.069/90. PROVIMENTO DO RECURSO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIADA VARA DE FAZENDA PÚBLICA. O julgador de primeiro grau decidiu a questão declinando a competência do feito para Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital por entender que se tratava de mandado de segurança proposto por criança em desfavor de estabelecimento de ensino. Agravante insurge-se contra decisão de primeiro grau pretendendo que a 3ª Vara de Fazenda Pública julgue o presente feito. A pretensão deduzida não se enquadra nos moldes da interpretação que se confere ao art. 98 e 148, ambos da Lei nº 8.069/90, eis que apesar da agravante contar com 14 anos de idade, não restou evidenciado que se encontra em situação de risco. Não restam dúvidas de que o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro é absolutamente competente para processar e julgar o presente feito. Precedentes do TJERJ. Recurso provido para declarar a competênciado Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital. 0057583-16.2015.8.19.0000 - TJRJ AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 17/05/2016 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

[397] CONFLITO DE COMPETÊNCIA 0068922-69.2015.8.19.0000 Des(a). GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO - Julgamento: 16/03/2016 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL.

financeira, a competência não será da Vara da Infância.

No que tange à competência territorial, o artigo 209 estipula que a ação será proposta no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa. Vemos que o ECA trata de uma competência territorial absoluta, fugindo da regra de que a competência territorial é relativa.

Além disso, o artigo 209, por ser norma especial, prevalece sobre o artigo 2° da Lei 7.347/85 – lei da ação civil pública. De acordo com a LACP, a competência se dá pelo local do dano, o que não se aplica se estivermos diante de uma ação civil pública baseada nos direitos de crianças e adolescentes, em que a competência se fixará no local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão.

3 - Da legitimidade:

O artigo 210 do ECA traz um rol de legitimados para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos que envolvam o Direito da Criança e do Adolescente. Não podemos esquecer que a Defensoria Pública também possui legitimidade para tais ações, como se vê no artigo 5°, II da LACP e, de forma mais específica, no artigo 4°, inciso XI da LC 80/94 que atribui à Instituição a função institucional de defender os interesses individuais **e coletivos** da criança e do adolescente.

A legitimidade exposta no artigo 210 é concorrente (a existência de um legitimado não afasta a do outro), autônoma (não é necessária a anuência de outro legitimado) e disjuntiva (desnecessária a formação de litisconsórcio).

Além do manejo da ação coletiva, os legitimados podem se valer de outros instrumentos que precedem a judicialização do caso, como, por exemplo, a recomendação com o objetivo de alertar o violador da norma de que sua conduta não está de acordo com o ordenamento jurídico. É possível também celebrar compromisso/termo de ajustamento de conduta (artigo 211). Nesse caso, a legitimidade se restringe aos órgãos públicos. Fica excluída, portanto, a celebração de TAC por associações.

Especificamente sobre o Ministério Público destacamos a possibilidade de instaurar inquérito civil. Trata-se de procedimento administrativo, não obrigatório[398] e preparatório para eventual ajuizamento de ação coletiva. Há base constitucional para essa atuação do MP, conforme artigo 129, III da CRFB.

No ECA o inquérito civil possui disciplina no artigo 223. Tal instrumento permite que o MP requisite (ou seja, ordene) de organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias. É instrumento de suma importância para a correta atuação ministerial.

Instaurado o inquérito civil, o MP poderá arquivar o procedimento. Nesse caso, deve ser feita remessa ao Conselho Superior da Instituição para análise. Até decisão do Conselho sobre o assunto, as associações legitimadas poderão apresentar razões para subsidiar a decisão do Conselho Superior.

O Conselho Superior pode homologar o arquivamento ou, se não homologar, deverá designar outro membro do MP para ajuizamento da ação. A decisão do Conselho não

---

[398] O artigo 223 do ECA é claro ao dizer que o MP "poderá" instaurar inquérito civil.

pode determinar o ajuizamento da ação pelo Promotor que pediu o arquivamento. Isso representaria manifesta afronta à independência funcional dos membros do Ministério Público.

O Ministério Público pode iniciar sua atuação de ofício ou se for instado. É comum que haja ouvidorias que noticiam fato relevante e que dão ensejo à apuração pelo órgão. O artigo 220 afirma que qualquer pessoa **poderá** e o servidor público **deverá** provocar a iniciativa ministerial para fatos que constituam objeto de ação civil. Por sua vez, o artigo 221 afirma que se, no exercício de suas funções, os juízos e tribunais tomarem conhecimento de fatos que possam ensejar ação civil, remeterão cópias ao MP para as providências cabíveis.

Tais dispositivos merecem leitura ampliada. Não é só ao MP que deve ser noticiado o fato que dê ensejo à ação, mas sim a todo e qualquer legitimado. A Defensoria Pública também deve tomar conhecimento, pois abrindo o leque de Instituições que podem agir, o direito coletivo eventualmente lesado será melhor defendido.

É possível que haja litisconsórcio entre os legitimados. Apesar do artigo 210, § 1° do ECA se referir a litisconsórcio entre Ministérios Públicos da União e dos Estados, é cada vez mais comum o litisconsórcio entre Ministério Público e Defensoria Pública, já que muitas vezes defendem os mesmos direitos.

Havendo desistência ou abandono da ação pela associação legitimada, os demais legitimados devem ser intimados para tomarem conhecimento e, se o caso, assumirão o polo ativo da demanda (artigo 210, § 2°).

4 - Do recurso:

Em relação ao prazo recursal, remetemos o leitor ao que foi dito no Título 4 da parte especial, capítulo 11, item 3. Tal capítulo comentou os recursos de acordo com a previsão do ECA.

No que tange aos efeitos do recurso, diz o artigo 215 que o juiz poderá conferir efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte. Logo, a exemplo do que vem previsto na lei da ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 14), a regra é que o recurso tenha efeito meramente devolutivo, mas é possível a concessão de efeito suspensivo pelo juízo.

5 - Das despesas, dos honorários e das multas:

As multas aplicadas deverão ser destinadas ao fundo gerido pelo Conselho de Direitos do respectivo município. Essa multa pode ter sido fruto de uma medida de coerção (artigo 213, § 2°) como também pode ter sido algum dos pedidos feitos na própria ação, ainda na fase de conhecimento. Em qualquer caso, o valor deve ser revertido ao fundo.

A execução será promovida pelo legitimado que ajuizou a ação ou, em caso de inércia por 60 dias após o trânsito em julgado, o Ministério Público e os demais legitimados assumirão a execução (art. 217).

Em caso de pretensão manifestamente infundada ajuizada por associação, essa será condenada em honorários advocatícios. Havendo litigância de má-fé, a associação e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, sem prejuízo de responsabilidade por perdas e danos (art. 218 e seu

parágrafo único). Essas disposições são relevantes para evitar que ações claramente temerárias sejam ajuizadas, notadamente porque não há necessidade de adiantar custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas (art. 219).

Por fim, se houver condenação ao Poder Público (o que é muito comum), a autoridade competente será informada para apurar a responsabilidade civil e administrativa do agente a quem se atribua a ação ou omissão.

TÍTULO 7 – DOS CRIMES E DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

O presente Título é o último do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se da tipificação de crimes e infrações administrativas.

Importante notar que o ECA se inclui entre as leis penais especiais, ou seja, há a tipificação de condutas criminosas fora do Código Penal. É sobre elas que nos deteremos no próximo capítulo.

CAPÍTULO 1 – DOS CRIMES

1 - Das disposições gerais:

O artigo 225 do ECA deixa claro o objetivo das condutas tipificadas criminalmente no Estatuto: proteger crianças e adolescentes. Deveras, do artigo 228 até 244-B há crimes que são praticados **contra** crianças e adolescentes.

Tratando-se de uma lei penal especial, aplicam-se subsidiariamente as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal. A aplicação do Código Penal e do Código de Processo Penal é integral! Não há diferenciação em relação aos recursos, como ocorre no artigo 198 do ECA. Repita-se: estamos diante de uma lei penal especial!

Justamente nessa linha é que a competência para julgar as condutas criminosas recai sobre a Vara Criminal ou o Juizado Especial Criminal. Apesar dessa regra, o STF admite que a lei local transfira a competência para julgamento dos crimes contra crianças e adolescentes à Vara de Infância e Juventude, com base no artigo 96, I, alínea "a" da CRFB que incumbe aos Tribunais dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais.[399] Além disso, é de se notar que a Lei 13.431/2017, que estabeleceu o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, assentou em seu artigo 23 que "os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente" e, em seu parágrafo único, restou expresso que "até a implementação do disposto no *caput* deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins."

Ainda nas disposições gerais (art. 227) é dito que todos os crimes definidos no ECA são de ação pública incondicionada, o que nada mais representa do que a regra, já que somente para os casos de ação privada ou pública condicionada à representação é que se faz necessária menção expressa pelo legislador.

Por fim, a Lei 13.869/19 – Lei do abuso de autoridade – incluiu o artigo 227-A no ECA dispondo sobre a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, na forma do artigo 92, I do CP. De acordo com a nova redação do Estatuto, *"os efeitos da condenação prevista*

---

[399] HC 113018, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013.

no inciso I do caput do art. 92 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para os crimes previstos nesta Lei, praticados por servidores públicos com abuso de autoridade, são condicionados à ocorrência de reincidência. ***Parágrafo único****. A perda do cargo, do mandato ou da função, nesse caso, independerá da pena aplicada na reincidência."*

2 - Da escuta protegida de crianças e adolescentes – Lei 13.431/2017:

A Lei 13.431 de 2017 buscou organizar um sistema de garantia de direitos às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Nesse contexto, o ponto que merece realce nessa obra diz respeito à "escuta protegida". Por meio dessa escuta evita-se que a criança e adolescente seja "revitimizada" com a narrativa do fato criminoso.

Assenta o artigo 7° da Lei 13.431/17 que escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade. Já o artigo 8° expõe que depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

O objetivo dessas disposições é evitar que crianças e adolescentes se submetam a uma oitiva cercada de medo e angústia. É o que ocorre em um depoimento comum, em que juiz e promotor normalmente se sentam em degrau acima das partes, fazendo perguntas diretas, buscando elucidar o caso sem maior preocupação com os sentimentos negativos que são trazidos quando a criança ou adolescente narram a conduta delituosa.

Trata-se de mudança legislativa de extrema importância para superar traumas que, após serem criados pela atitude criminosa, acabavam sendo incrementados pelo depoimento prestado judicialmente.

3 - Dos crimes em espécie:

Nesse item iremos transcrever o tipo penal e logo abaixo faremos os devidos comentários.

> *Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:*
>
> *Pena – Detenção de seis meses a dois anos.*
>
> ***Parágrafo único.*** *Se o crime é culposo:*
>
> *Pena – Detenção de dois a seis meses, ou multa.*

Comentários: o crime tem relação direta com o artigo 10 do ECA, especificamente incisos I e IV.

Trata-se de crime próprio, pois os **sujeitos ativos** são o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante.

No que toca ao **sujeito passivo** é comum vermos menção à criança, sendo certo

que há quem diga que a parturiente e o genitor do neonato são sujeitos passivos secundários.[400] Todavia, entendemos que, além da criança recém nascida, figura como sujeito passivo primário os pais. Isso porque, é de seu total interesse saber as intercorrências do parto, já que se responsabilizam pelo recém nascido, inclusive no que toca à manutenção da saúde da criança.

Estamos diante de um **crime omissivo**, "uma vez que o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento deixa de cumprir as obrigações previstas no artigo 10 desta lei, violando, assim, o seu dever de agir." A **consumação** se dá "com a mera omissão do agente, pois se trata de crime omissivo próprio."[401]

O **elemento subjetivo** do *caput* é o dolo, mas há previsão de modalidade culposa no parágrafo único.

Considerando a pena máxima cominada (2 anos), trata-se de infração de menor potencial ofensivo, que se sujeita à competência dos Juizados Especiais Criminais. Admitem-se a transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

> *Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta lei:*
>
> *Pena – Detenção de seis meses a dois anos.*
>
> ***Parágrafo único**. Se o crime é culposo:*
>
> *Pena – Detenção de dois a seis meses, ou multa.*

Comentários: o crime está relacionado ao descumprimento dos deveres previstos no artigo 10, incisos II e III do ECA.

Trata-se de **crime próprio**, pois só pode ser cometido pelo médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante.

Os **sujeitos passivos** são a criança, a parturiente e o pai do recém nascido.[402]

Trata-se de **crime omissivo próprio** e, portanto, não cabe falar em tentativa. No momento da omissão já haverá a consumação do crime.

O ECA prevê a possibilidade da conduta culposa no artigo 229, parágrafo único.

Considerando a pena cominada, a **competência é do Juizado Especial Criminal**, sendo cabível transação penal e suspensão condicional do processo.

Reiteramos aqui o quadro já exposto nessa obra quando comentamos o artigo 10 do ECA:

---

[400] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 589.

[401] HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais volume único/ coordenador Leonardo de Medeiros Garcia – 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2018, pág. 244.

[402] Entendendo que os sujeitos passivos são somente a criança e a parturiente: HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais volume único/ coordenador Leonardo de Medeiros Garcia – 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2018, pág. 245.

CONSEQUÊNCIAS PENAIS DO DESCUMPRIMENTO DO ART. 10 DO ECA	
Descumprimento do artigo 10, incisos I e IV	**Configura-se o crime do artigo 228 do Estatuto**
Descumprimento do artigo 10, II e III	**Configura-se o crime do artigo 229 do Estatuto**
Descumprimento do artigo 10, V e VI	**Fato atípico penalmente**

> *Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente:*
>
> *Pena – Detenção de seis meses a dois anos.*
>
> *Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais.*

Comentários: o artigo 230, *caput* possui ligação com o artigo 106 do ECA, já que esse condiciona a privação de liberdade do adolescente ao flagrante de ato infracional ou à ordem escrita da autoridade judiciária.

Há controvérsia a respeito do **sujeito ativo** desse crime. De acordo com Cláudia Canto Condak só será sujeito ativo aquele que possa realizar a apreensão de forma legal. Assim, somente o agente de segurança pública poderia ser autor desse crime. Se outras pessoas apreenderem o adolescente fora das hipóteses do artigo 106, o crime será o sequestro ou cárcere privado.[403] Por outro lado, ao nosso ver com razão, está Guilherme Barros para quem é "mais adequado entender o crime como comum, apto a ser praticado por qualquer um, uma vez que qualquer pessoa pode legalmente prender alguém em flagrante (CPP, art. 301)."[404]

Em relação ao **sujeito passivo** o tipo afirma que é a criança ou o adolescente. Todavia, surge a seguinte questão: a criança não pode ser apreendida pela prática de ato infracional. Caso pratique ato infracional, a criança será encaminhada ao Conselho Tutelar para que seja aplicada uma medida protetiva. Nessa linha, apesar da literalidade legal, há doutrina no sentido de que "a privação de liberdade de criança configurará crime comum, previsto no art. 148, § 1°, IV, do diploma repressivo e não o delito em exame."[405] Ressalte-se que a maioria da doutrina não agasalha essa distinção e aponta o sujeito passivo como a criança e o adolescente.

Vale destacar que o crime em estudo **se diferencia daquele previsto no artigo 148, § 1°, inciso IV do Código Penal**. Isso porque, para a incidência do artigo 230 do ECA, "basta que o agente apreenda o menor de 18 anos sem, contudo, encarcerá-lo. Caso o agente efetivamente coloque a criança ou o adolescente no cárcere, o delito configurado é

---

[403] CONDAK, Cláudia Canto. Dos crimes. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1.280/1.281.

[404] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 305.

[405] CONDAK, Cláudia Canto. Ibid. pág. 1.280.

o previsto na forma qualificada do art. 148, IV do Código Penal."[406]

A **consumação** se dá com a privação de liberdade fora das hipóteses de flagrante ou ordem escrita da autoridade judiciária competente. É crime material e permanente, pois "protrai-se enquanto a liberdade de locomoção da vítima perdurar. Por isso, aplica-se neste caso a súmula 711 do STF, segundo a qual a lei penal mais grave é aplicada ao crime continuado ou ao permanente se a sua vigência é precedente à cessação da continuidade ou da permanência."[407]

É crime comissivo, material e plurissubsistente de forma que é **possível a tentativa.**

O artigo 230 do ECA não se confunde com o artigo 9° da lei de abuso de autoridade (lei 13.869/19). De acordo com o artigo 9° é crime "decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais". No artigo 230 há a criminalização da privação de liberdade sem flagrante de ato infracional ou ordem escrita da autoridade judiciária. Já no artigo 9° pune-se a privação de liberdade quando é manifesta a desconformidade com as hipóteses legais. Pode-se dar como exemplo uma sentença que aplica a MSE de internação (que é uma privação de liberdade, conforme artigo 121, *caput*) fora do rol taxativo do artigo 122 do Estatuto.

O artigo 230, parágrafo único traz o caso de apreensão sem observância das formalidades legais. Pelo parágrafo único, "pode ser que a privação da liberdade da criança ou do adolescente seja lícita, isso é, que ele esteja em estado de flagrância ou que haja ordem escrita da autoridade judiciária competente, mas nesse caso, há o descumprimento das formalidades contidas, por exemplo, nos art. 106, parágrafo único, 107, 108 e 109 do ECA."[408]

Trocando em miúdos: se a privação de liberdade ocorrer em violação ao artigo 106 do ECA incidirá o artigo 230, *caput*. Todavia, se o artigo 106 do ECA foi respeitado, mas outras formalidades da apreensão foram desconsideradas, incide o artigo 230, parágrafo único.

O parágrafo único, diferente do *caput*, é crime omissivo próprio. Incabível a tentativa.[409]

Tanto o *caput* quanto o parágrafo único são delitos de menor potencial ofensivo. Assim, estão sujeitos à competência do Juizado Especial Criminal e passíveis de transação penal e suspensão condicional do processo.

> *Art. 231. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada:*
>
> *Pena – Detenção de seis meses a dois anos.*

Comentários: o crime em análise visa resguardar o direito previsto no artigo 107 do ECA.

---

[406] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 248.

[407] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 592.

[408] HABIB, Gabriel. Ibid. pág 248.

[409] Contra, entendendo ser crime comissivo - HABIB, Gabriel. Ibid. pág 249.

Trata-se de crime próprio, já que o **sujeito ativo** só pode ser a autoridade policial.

Comparando o artigo 231 com o artigo 230 conclui-se que nesse (artigo 230) a apreensão é indevida, ao passo que naquele (artigo 231) a apreensão é devida, mas não houve comunicação à autoridade judiciária e à família do apreendido.

O tipo penal enumera como **sujeitos passivos** a criança e o adolescente. Apesar da literalidade legal, incide aqui a mesma observação doutrinária feita no tipo anterior a respeito da impossibilidade da criança ser apreendida pelo ato infracional, já que ela é apenas encaminhada ao Conselho Tutelar.

O crime é **omissivo**. **Não cabe a tentativa**, pois a partir do momento em que não ocorre a comunicação à autoridade judiciária competente e à família ou pessoa indicada pelo apreendido, haverá a consumação.

O artigo 231 deixa claro que a comunicação deve ser feita à autoridade judiciária "competente". Nesse sentido, "caso a comunicação seja feita dolosamente à autoridade judiciária incompetente, haverá a prática desse delito."[410]

O termo "imediata" é vago. Deve ser entendido como o primeiro despacho da autoridade policial nos autos. Assim, logo que toma conhecimento da apreensão, o delegado deve determinar algumas providências. Entre elas, necessariamente, deve constar a ordem para comunicação à autoridade judiciária e à família do apreendido ou pessoa por ele indicada.

Não há que se falar na incidência do artigo 12 da lei de abuso de autoridade no caso de não comunicação de adolescente apreendido. O tipo do artigo 12 da lei 13.869/19 vem assim exposto: "*Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal*". Como se vê, esse crime se refere expressamente à "prisão em flagrante" e não pode ser ampliado para a apreensão em flagrante de ato infracional.

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo. Por isso, atrai a competência do Juizado Especial Criminal, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

> *Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:*
>
> *Pena- Detenção de seis meses a dois anos.*

Comentários: o tipo penal pune aquele que viola a dignidade de criança ou adolescente, seja mediante vexame ou constrangimento. Em ambos os casos se protege a honra objetiva do sujeito passivo.[411]

O **sujeito ativo** é aquele que detém a autoridade, guarda ou vigilância da criança ou adolescente. Segundo Habib "*autoridade* está ligada às relações privadas, como ocorre com o tutelado, curatelado, filhos, etc. *Guarda* significa *vigilância* permanente. Vigilância

---

[410] HABIB, Gabriel. Ibid. pág 250.

[411] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. Op. cit. pág. 306.

consiste no cuidado permanente sobre alguém, conceito que se aproxima da noção de guarda."[412]

O **sujeito passivo** é a criança ou o adolescente.

O crime pode ser **plurissubsistente**, a exemplo da submissão a vexame por carta. Assim, é **possível a tentativa**.

Considerando a pena cominada, estamos diante de crime de menor potencial ofensivo. A competência é do Juizado Especial Criminal, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

> *Art. 233 (revogado).*
>
> *Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão:*
>
> *Pena – Detenção de seis meses a dois anos.*

Comentários: o **sujeito ativo** desse crime encontra controvérsia na doutrina. De acordo com Habib, o sujeito ativo é o Juiz da Vara de Infância e Juventude.[413] Já Rossato, Lépore e Cunha afirmam que a autoridade policial também pode ser sujeito ativo quando a apreensão é realizada por algum subordinado sem situação de flagrância.[414]

De nossa parte, entendemos que a autoridade judiciária, a autoridade policial e também o membro do Ministério Público podem ser sujeitos ativos desse crime. Isso porque, como expusemos no Título 6, capítulo 6, itens 2 e 3, tanto a autoridade policial quanto o membro do Ministério Público podem liberar diretamente o adolescente apreendido. Não é necessário que essa decisão se submeta ao crivo judicial. Logo, essas figuras também podem se apresentar como sujeitos ativos do crime em análise.[415]

O **sujeito passivo** é a criança ou o adolescente. Em relação à criança, toda e qualquer apreensão será ilegal, pois em caso de ato infracional praticado por quem ainda não completou 12 anos o caminho correto é o encaminhamento ao Conselho Tutelar e não a apreensão com apresentação à autoridade policial.[416]

Trata-se de **crime omissivo próprio** e, por isso, a **tentativa** é inadmissível.

A lei, mais uma vez, utiliza o termo "imediata". A exemplo do que sustentamos no artigo 231, a palavra "imediata" deve ser entendida como o momento em que a autoridade despachar no procedimento.

Dá-se um exemplo: se o Delegado recebe uma criança apreendida, o seu primeiro despacho deve ser de liberação. Se isso não ocorrer estará configurado o crime. No mesmo sentido, se o membro do MP concede remissão própria ao adolescente e não determina

---

[412] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 251.

[413] HABIB, Gabriel. Ibid. pág 252.

[414] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 594.

[415] No sentido do texto: CONDAK, Cláudia Canto. Op. cit. pág. 1.280.

[416] CONDAK, Cláudia Canto. Ibid. pág. 1.293/1.294.

sua imediata liberação, o crime estará presente.

Em outras palavras: junto com o despacho em que se faz a análise jurídica da apreensão ilegal, deve ser dada a ordem de liberação. Passado esse momento, haverá crime consumado.

Considerando a pena cominada, estamos diante de crime de menor potencial ofensivo. A competência é do Juizado Especial Criminal, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

> *Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:*
>
> *Pena – Detenção de seis meses a dois anos.*

Comentários: o crime é próprio, pois o **sujeito ativo** é somente aquele que deve observar o prazo legal e não o fez.

O **sujeito passivo** é o adolescente. Como sabemos, a criança não recebe medida socioeducativa como resposta ao cometimento de um ato infracional. Só o ato praticado durante a adolescência dá margem para aplicação de medida socioeducativa.

Questão: se um adolescente está cumprindo medida socioeducativa e alcança a maioridade. Nesse caso, se houver descumprimento de prazo fixado em lei, haverá a prática de crime?

A resposta só pode ser negativa porque a lei penal se referiu unicamente ao adolescente.

Exemplos de prazos fixados em favor do adolescente privado de liberdade: artigo 175, § 1°: *"Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência. § 1° Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas."*

Art. 121. § 2° (referente à internação): "a medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses."

Além desses, podemos citar o prazo máximo de 45 dias de internação provisória; 3 anos da MSE de internação e 3 meses para a internação sanção.

Importante frisar que o tipo penal é limitado a estar fixado no ECA. Não cabe o reconhecimento desse crime em caso de desrespeito a prazo fixado em outras leis, tal como a lei do SINASE.

O descumprimento deve ser "injustificado", o que dá margem à apreciação do caso concreto. Nos parece que o acúmulo de serviço não pode ser considerado como justificativa para afastar o tipo penal, já que se trata de realidade em todo o sistema de justiça, além de dar ao réu carta branca para sempre lançar esse argumento e obter êxito na defesa criminal.

O crime é **omissivo** e **unissubsistente**. Com o transcurso do prazo já haverá a consumação. Logo, **não cabe tentativa**.

Considerando a pena cominada, estamos diante de crime de menor potencial ofensivo. A competência é do Juizado Especial Criminal, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

> *Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta lei:*
>
> *Pena – Detenção de seis meses a dois anos.*

Comentários: trata-se de crime comum, já que o **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa. O **sujeito passivo** é o Estado.[417]

Os verbos núcleo do tipo são "impedir" e "embaraçar". É tipo misto alternativo.[418] Logo, se o agente pratica os dois verbos núcleo haverá apenas um crime. Sobre tais condutas, entende-se que "*impedir* significa obstar, não permitir. *Embaraçar* consiste em atrapalhar, perturbar."[419]

Para definir se o crime é material ou formal, precisamos verificar se a ação praticada pelo sujeito ativo foi a de "impedir" ou a de "embaraçar". Isso porque, "no primeiro caso, o crime é material, posto que exige, para a sua consumação, que a ação reste obstaculizada pela conduta do sujeito ativo. Na segunda modalidade típica o crime é formal, pois basta para sua consumação que o agente crie qualquer dificuldade à ação das autoridades ou membro do conselho tutelar, ainda que ao final se logre realizar o ato pretendido."[420]

Cabível a tentativa. Dá-se como exemplo o agente que tentou obstar a entrada de Promotor de Justiça em entidade a ser fiscalizada (art. 95 do ECA), mas foi impedido por agentes de segurança.

Considerando a pena cominada, estamos diante de crime de menor potencial ofensivo. A competência é do Juizado Especial Criminal, sendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

> *Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto.*
>
> *Pena – Reclusão de dois a seis anos, e multa.*

Comentários: qualquer pessoa pode ser **sujeita ativa** desse crime, pois se trata de crime comum. O **sujeito passivo** é a criança ou o adolescente.

Note-se que o tipo penal se refere a guarda "em virtude de lei ou ordem judicial". Logo, se uma criança é subtraída de uma pessoa que possui a guarda de fato, não haverá

---

[417] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 254. ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 596. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág.723.

[418] CONDAK, Cláudia Canto. Op. cit. pág. 1.296.

[419] HABIB, Gabriel. Ibid. pág. 254

[420] CONDAK, Cláudia Canto. Ibid. pág. 1.297.

a incidência da figura típica.[421]

O crime é similar ao artigo 249 do CP, mas a pena do delito previsto no ECA é maior. Isso porque, a diferença nas condutas reside no **especial fim de agir**. O Estatuto pune aquele que subtrai a criança ou adolescente "*com o fim de colocação em lar substituto.*" Dessa forma, "caso haja subtração do menor sem nenhuma outra finalidade, o delito configurado será o do Código Penal. Contudo, caso o agente subtraia o menor com a intenção específica de colocá-lo em lar substituto, estará configurado o delito do ECA."[422]

O crime é plurissubsistente, de forma que a **tentativa é cabível**.

Considerando o preceito secundário cominado, a **competência** será da Vara Criminal e não há que se falar em transação penal ou suspensão condicional do processo.

> *Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:*
>
> *Pena – Reclusão de um a quatro anos, e multa.*
>
> ***Parágrafo único.*** *Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.*

Comentários: na figura do *caput* os **sujeitos ativos** são os pais, tutor ou guardião. Trata-se, portanto, de crime próprio. Os **sujeitos passivos** são a criança, o adolescente e o nascituro.[423] Entendemos que o nascituro pode ser sujeito passivo do crime "tendo em conta que o delito pode ser praticado por meio de mera promessa de entrega do filho". Assim, "nada obsta que figure como sujeito passivo, já que o Código Civil, em seu art. 2°, embora decrete que a personalidade começa com o nascimento com vida, trata logo de ressalvar os direitos do nascituro desde a concepção, como fazem, também, os arts. 124 a 126 do Código Penal, criminalizando o aborto."[424]

Trata-se de **tipo penal misto alternativo**, ou seja, havendo promessa e posterior entrega, o agente responderá por um só crime.

O tipo possui dois verbos núcleo, são eles: *prometer* que é um comprometimento em fazer algo no futuro e efetivar que é a realização da entrega.[425]

De acordo com Habib, o delito em comento difere daquele exposto no artigo 245 do Código Penal. Isso porque, "no delito do Código Penal o agente entrega o filho a uma pessoa em caráter transitório. O menor não é inserido em outro núcleo familiar e depois volta para a companhia dos pais. No delito ora comentado a venda do menor dá-se em caráter definitivo."[426]

---

[421] CONDAK, Cláudia Canto. Op. cit. pág. 1.298.

[422] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 255.

[423] A doutrina não costuma a colocar o nascituro como sujeito passivo desse crime. Somos isolados nesse posicionamento.

[424] CONDAK, Cláudia Canto. Op. cit. pág. 1.299/1.300.

[425] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 256.

[426] HABIB, Gabriel. Ibid. pág. 256.

O crime é **formal**, na conduta de *prometer*. Na conduta *entregar*, o crime é **material**.[427]

O artigo 238, parágrafo único criminaliza também a pessoa que está na outra ponta da "negociação", ou seja, incidem nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

A **competência** para julgamento desse crime é da Vara Criminal, sendo certo que é cabível a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) porque a pena mínima cominada é de um ano.

> *Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:*
>
> *Pena – Reclusão de quatro a seis anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude:*
>
> *Pena – Reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.*

Comentários: qualquer pessoa pode figurar como **sujeito ativo** desse crime. O **sujeito passivo** é a criança ou o adolescente.

Esse tipo penal busca reprimir o "tráfico internacional de crianças".

Há dois verbos núcleo do tipo: *promover* ou *auxiliar*. De acordo com a doutrina, "promover consiste no efetivo envio do menor ao exterior, de forma que o menor efetivamente deixe o território nacional e ingresse no território estrangeiro. Auxiliar significa a prática de qualquer ato material que contribua para o envio do menor ao exterior."[428]

É importante notar que o tipo penal deve ser dividido para melhor compreensão. De fato, é crime quem promove ou auxilia a efetivação de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais. Também é crime quem, mesmo com observância das formalidades legais, promove ou auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com o fim de obter lucro (2ª parte do tipo penal).

É uníssono o entendimento de que esse crime revogou o artigo 245, § 2° do CP que trata da mesma matéria.

O artigo 239, parágrafo único traz uma qualificadora, pois especifica nova pena mínima e máxima para uma conduta mais grave. Deveras, se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de 6 a 8 anos, além da pena correspondente à violência.

O delito se consuma "no momento em que o agente promove ou auxilia a efetivação do ato que possibilitará o envio da criança ou do adolescente para o exterior. Não é exigida a efetiva saída do menor, na verdade, é mero exaurimento que poderá influir no *quantum* da pena. A **tentativa** é possível, vez que se trata de crime plurissubsistente."[429]

---

[427] HABIB, Gabriel. Ibid. pág. 257.

[428] HABIB, Gabriel. Ibid. pág. 258.

[429] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 600.

A competência para julgamento é da Vara Criminal Federal (artigo 109, V da CRFB).[430]

> *Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:*
>
> *Pena – Reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.*
>
> *§ 1° Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.*
>
> *§ 2° Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:*
>
> *I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;*
>
> *II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou*
>
> *III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.*

Comentário: trata-se de crime comum. Isso porque o **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa. O **sujeito passivo** é a criança ou o adolescente.

Nesse tipo estamos diante da criminalização da pedofilia.

Há vários verbos núcleos no tipo: *produzir* (pôr em prática, levar a efeito, realizar), *reproduzir* (apresentar novamente, imitar fielmente), *dirigir* (dar orientação, comandar), *fotografar* (imprimir a imagem de alguém por meio da fotografia), *filmar* (registrar a imagem de alguém por meio de vídeo) e *registrar* (alocar em bases de dados).[431]

Trata-se de tipo penal misto alternativo. Assim, a prática de vários verbos do tipo dá ensejo a somente uma conduta criminosa.

A "cena de sexo explícito ou pornográfica" vem definida na norma penal explicativa do artigo 241-E do ECA: *"Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão 'cena de sexo explícito ou pornográfica' compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins priomordialmente sexuais."*

Importante esclarecer que "caso a vítima, menor de 14 anos, seja induzida apenas a presenciar o ato de libidinagem envolvendo maiores, o crime será o do atual art. 218-A do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 12.015/2009 e não este. Na mesma hipótese, em se tratando de maior de quatorze anos, o fato só encontra tipicidade do art. 247, II, 1ª figura, do Código Penal, dependendo, neste caso, de que haja comparecimento reiterado ao espetáculo perversivo ou ofensivo ao pudor."[432]

O § 1° traz a conduta equiparada de quem agencia, facilita, recruta, coage ou de qualquer forma intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput*, ou quem com esses contracena.

---

[430] HC 121472, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014.

[431] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 601.

[432] CONDAK, Cláudia Canto. Op. cit. pág. 1.307.

Se houver efetivo contato sexual entre a criança ou adolescente menor de 14 anos e a pessoa que com ela contracena, o crime é o estupro de vulnerável, conforme artigo 217-A do CP.

O artigo 240, § 2° traz causas de aumento de pena.

Há controvérsia sobre ser material ou formal o crime em análise. O STJ enfrentou o assunto no Pext no HC 438.080-MG, noticiado no informativo 655. Pela importância do tema, segue a transcrição integral:

"O delito do art. 240 do ECA é classificado como crime formal, comum, de subjetividade passiva própria, consistente em tipo misto alternativo.

O crime do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA se insere no contexto de proibição da produção e registro visual, por qualquer meio, de cenas de sexo explícito, no sentido da interpretação autêntica do art. 241-F do ECA, envolvendo crianças e adolescentes, o que caracteriza violência sexual, nos termos do art. 4º da Lei n. 13.431/2017. No caso, o paciente, mediante aparelho celular, registrou imagens e filmou cenas de sexo explícito entre os corréus e duas adolescentes, o que, segundo o Tribunal *a quo*, com uma única conduta teria cometido dois crimes, incidindo em concurso formal de crimes. Primeiramente, o fato de ter fotografado e filmado as cenas de sexo indica a execução de dois verbos, com dupla conduta, todavia, representando subordinação típica única, tendo em vista sua realização no mesmo contexto fático. Por conseguinte, da execução de mais de um verbo típico representa único crime, dada a natureza de crime de ação múltipla ou conduta variada do tipo em comento. O concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer o réu nas hipóteses de unicidade de conduta, com pluralidade de resultados, não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). No caso, as instâncias ordinárias entenderam que a conduta do réu realizou dois resultados típicos, haja vista a existência de duas adolescentes filmadas e fotografadas em sexo explícito. Verifica-se, entretanto, que inexistem dois resultados típicos, porquanto o crime em questão é formal ou de consumação antecipada, consumando-se, pois, unicamente pela prática da conduta de filmar ou fotografar cenas de sexo explícito, da qual participe criança ou adolescente. O efetivo abalo psíquico e moral por elas sofrido ou a disponibilidade das filmagens ou fotos é mero exaurimento do crime, irrelevantes para sua consumação, motivo pelo qual a quantidade de vítimas menores filmadas ou fotografadas é elemento meramente circunstancial, apto a ser valorado na pena-base, sem, contudo, indicar qualquer subsunção típica adicional. Por conseguinte, como as condutas de filmar e fotografar foram executadas durante o mesmo contexto fático, relativo ao ato sexual conjunto de dois corréus com duas adolescentes, há duas condutas de subsunção típica única, motivo pelo qual se conclui pela existência de crime único."

O entendimento acima é de suma relevância para a classificação do crime, mas também assenta a posição de que a participação de duas ou mais crianças ou adolescentes nas condutas do artigo 240 representa crime único e não concurso formal ou material.

Admite-se a tentativa, por ser crime plurissubsistente.

A competência para julgamento é da Vara Criminal da Justiça estadual. A pena mínima cominada é de 4 anos, de forma que não cabe suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

> *Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*
>
> *Pena – Reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.*

Comentários: qualquer pessoa pode ser **sujeito ativo** desse crime. O **sujeito passivo** é a criança ou adolescente.

O ECA criminaliza a conduta anterior ao "vender". Assim, há uma antecipação da criminalização da venda, pois "expor à venda" já configura o delito. Quem expõe à venda e depois realiza a venda, responde por apenas um crime, tendo em vista que estamos diante de um tipo penal misto alternativo.

A definição da "cena de sexo explícito ou pornográfica" está expressa no artigo 241-E.

No que toca à **competência** para julgar esse crime, o STF fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral: *"Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores"* (tese 393).

Do ponto de vista **territorial**, a **competência** se fixa pelo local em que foi publicado o material, pouco importando o local do servidor do site.[433]

Considerando a pena, o julgamento será em Vara Criminal (estadual ou federal, a depender do enquadramento na tese do STF *supra*). Não cabe suspensão condicional do processo, porque a pena mínima é de 4 anos.

Trata-se de crime **plurissubsistente**, de forma que a **tentativa é cabível**.

> *Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*
>
> *Pena – Reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.*
>
> *§ 1° Nas mesmas penas incorre quem:*
>
> *I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;*
>
> *II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.*
>
> *§ 2° As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1° deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.*

Comentários: qualquer pessoa pode ser sujeito ativo desse crime. Sujeito passivo é a criança ou adolescente.

O tipo incrimina a circulação de material contendo pedofilia, A produção do material

---

[433] STJ - CC 29.886/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2007.

contendo pedofilia encontra sua conduta típica no artigo 240.[434]

O tipo possui diversos verbos núcleo (oferecer, trocar, disponibilizar, etc). Trata-se de tipo penal misto alternativo. Logo, a realização de diversos verbos contidos no tipo gera a incidência de apenas um crime.

A "cena de sexo explícito ou pornográfica" encontra definição no artigo 241-F do ECA.

O artigo 241-A, § 1° criminaliza quem assegura os meios para cometimento do *caput*.

O artigo 241-A, § 2° pune o responsável legal pela prestação de serviço que, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito. A notificação oficial é uma condição objetiva de punibilidade.[435]

Sobre a competência, reiteramos o que foi exposto na análise do artigo 241. O STF fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral: "*Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores*" (tese 393).

Todavia, o STJ limitou a amplitude do entendimento exarado pelo Pretório Excelso. Isso porque, de acordo com a Corte Superior, a competência da Justiça Federal ocorreria somente quando o material estivesse na internet e acessível a todos. Se o material estiver sendo divulgado por mensagens privadas de aplicativos como Whatsapp ou chat de Facebook, a competência se fixa na Justiça estadual.

No caso, o STJ assentou seguinte: "*Situação em que os indícios coletados até o momento revelam que as imagens da vítima foram trocadas por particulares via Whatsapp e por meio de chat na rede social Facebook. 4. Tanto no aplicativo WhatsApp quanto nos diálogos (chat) estabelecido na rede social Facebook, a comunicação se dá entre destinatários escolhidos pelo emissor da mensagem. Trata-se de troca de informação privada que não está acessível a qualquer pessoa.*"[436]

Todas as condutas admitem a tentativa.

Inviável a suspensão condicional do processo porque a pena mínima é de 3 anos.

> *Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*
>
> *Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
>
> *§ 1° A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.*
>
> *§ 2° Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta lei, quando a comunicação for feita por:*
>
> *I – agente público no exercício de sua funções;*

---

[434] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 265.

[435] HABIB, Gabriel. Ibid. pág. 270.

[436] STJ - CC 150.564/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017.

> *II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;*
>
> *III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.*
>
> *§ 3° As pessoas referidas no § 2° deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.*

Comentários: trata-se de crime comum porque o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a criança ou o adolescente.

Há três verbos núcleo no tipo: *adquirir, possuir ou armazenar.* Adquirir é obter o material de outrem. Possuir tem sentido de ter sob sua guarda fisicamente. É o exemplo da posse de uma foto impressa com cena de sexo envolvendo criança ou adolescente. Por fim, armazenar está ligado à possuir na forma digital. É o caso em que uma pessoa recebe foto com cena de sexo explícito envolvendo criança e mantém o arquivo digital no celular. Trata-se de tipo penal misto alternativo, de forma que a prática de mais de um verbo núcleo gera a incidência de somente um crime.

O elemento subjetivo é o dolo. Não se admite a modalidade culposa. Se o agente recebe vídeo envolvendo criança em seu celular de forma involuntária, não há que se reconhecer a incidência do crime. Todavia, se o agente recebe esse vídeo involuntariamente e o *armazena* de forma dolosa, o crime estará configurado.

A "cena de sexo explícito ou pornográfica" encontra definição no artigo 241-E do ECA. Em relação a esse conceito, o STJ entendeu que *"A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei nº 11.829/2008, sem contudo restringir-lhes o alcance. É típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias, com enfoque nos órgãos genitais das vítimas – ainda que cobertos por peças de roupas -, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica".*[437]

O artigo 241-B, § 1° estabelece uma causa de redução de pena (de 1 a 2/3), que se opera quando o material é de "pequena quantidade".

O § 2° traz hipóteses em que a posse ou armazenamento ocorre com a finalidade de comunicar às autoridades competentes acerca da ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C. Nesse caso, a tipicidade será afastada, já que não há o dolo na prática da conduta descrita no artigo 241-B.[438] É claro que quem pretende comunicar às autoridades competentes deve manter o material em sigilo (§ 3°).

---

[437] STJ - REsp 1543267/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015.

[438] CONDAK, Cláudia Canto. Op. cit. pág. 1.315.

Sobre a competência, remetemos o leitor aos comentários do artigo 241-A, notadamente sobre a posição do STF fixada na tese 393.

As condutas são plurissubsistentes. Logo, cabe o *conatus*.

Considerando a pena mínima cominada, é viável a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95).

> *Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:*
>
> *Pena – Reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.*

Comentários: trata-se de crime comum porque qualquer pessoa pode ser **sujeito ativo**. O **sujeito passivo** é a criança ou o adolescente.

O que se pune é o simulacro de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Se a cena for real não estará configurado o crime em questão, mas sim outros tipos que já foram analisados. Portanto, no artigo 241-C se pune a cena de sexo explícito ou pornográfica que não é verdadeira.

O parágrafo único traz diversas condutas que se equiparam ao *caput*. Trata-se de **tipo penal misto alternativo**, já que a prática de diversos verbos núcleo gera a punição por crime único.

Sobre a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica" reiteramos o que foi dito nos comentários aos tipos anteriores.

As condutas admitem fracionamento; são plurissubsistentes. Logo, é cabível a **tentativa**.

A suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) é cabível porque a pena mínima é de um ano.

> *Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:*
>
> *Pena – Reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:*
>
> *I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;*
>
> *II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.*

Comentários: é crime comum porque o **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa. O **sujeito passivo** é somente a criança, assim compreendida como aquela pessoa que ainda não completou 12 anos de idade (art. 2° do ECA). O adolescente não está abarcado como sujeito passivo desse crime.

De acordo com Habib, "neste tipo penal o legislador criminalizou condutas que configuram meio para a prática de ato libidinoso com a criança. O legislador antecipou-se para criminalizar a conduta de atrair a criança para a prática de ato libidinoso. Com isso, evita-se o mal maior, que seria o ato posterior a esse delito, qual seja: a efetiva prática do ato libidinoso com a criança. O legislador teve por finalidade punir a conduta do pedófilo que fica, de qualquer forma, atraindo crianças para perto de si para manter com elas ato libidinoso, sobretudo por meio da internet. Não é necessário que o agente mantenha o ato libidinoso com a criança e, caso isso ocorra, o agente pratica o delito de estupro de vulnerável contido no art. 217-A do Código Penal."[439]

O parágrafo único estipula condutas equiparadas. Tanto no *caput* quanto no parágrafo único inciso I, o especial fim de agir é o objetivo de praticar ato libidinoso com a criança. No parágrafo único, inciso II, o especial fim de agir é induzir a criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

O tipo possui diversos verbos núcleo: aliciar, assediar, instigar ou constranger (*caput*); facilitar ou induzir (parágrafo único, inciso I). Trata-se de **tipo penal misto alternativo**, de forma que a prática de mais de um verbo núcleo gera a punição por apenas um crime.

O aliciamento deve ser feito "por qualquer meio de comunicação". Portanto, o aliciamento presencial é atípico.[440]

Em todos os casos, a conduta pode ser fracionada. Logo, cabível a **tentativa.**

Considerando a pena cominada, é possível a **suspensão condicional do processo** (art. 89 da Lei 9.099/95).

> *Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica" compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.*

Comentários: trata-se de norma penal explicativa. Reiteramos aqui o exposto no artigo 241-B, principalmente o posicionamento do STJ no REsp 1543267/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015.

> *Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:*
>
> *Pena – Reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.*

Comentários: trata-se de crime comum porque qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo. O sujeito passivo é a criança ou o adolescente.

Os verbos núcleo do tipo são *vender, fornecer* ou *entregar*. Trata-se de tipo penal misto alternativo. Por isso, a prática de vários verbos dá ensejo a somente um crime.

O artigo 16, parágrafo único, inciso V da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento)

---

[439] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 276.

[440] CONDAK, Cláudia Canto. Op. cit. pág. 1.318.

pune quem "vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente". Nessa linha, vemos que ocorreu a derrogação (revogação parcial) do crime contido no ECA. O artigo 242 "abrange instrumento apto para o ataque e defesa, desde que não alcançado pelo Estatuto do Desarmamento." São as armas brancas, tal como punhal, espada, porrete, etc. [441]

O crime é plurissubsistente e, portanto, admite tentativa.

Diante da pena cominada, não é cabível a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95).

> *Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:*
>
> *Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.*

Comentários: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois trata-se de crime comum. O sujeito passivo será a criança ou o adolescente.

Os verbos núcleo do tipo são: *vender, fornecer, servir, ministrar e entregar.* Trata-se de tipo penal misto alternativo, razão pela qual a prática de mais de uma conduta dá ensejo somente a um crime.

Fazendo uma análise histórica do presente crime, vemos que sua redação original vinha assim descrita: *"Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida".*

No tipo original havia clara vinculação ao artigo 81 do ECA, especificamente ao inciso III que proíbe a venda à criança ou adolescente de "produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida."

Nesse mesmo artigo 81, em seu inciso II, há previsão de proibição de venda à criança ou adolescente de "bebidas alcoólicas".

Assim, criou-se o entendimento no sentido de que o artigo 243, em sua redação original, não abrangia bebidas alcoólicas. Nessa linha era o posicionamento do STJ:

> *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 243 DA LEI 8.069/90. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR. DENÚNCIA REJEITADA. (...)*
>
> *A distinção estabelecida no art. 81 do ECA das categorias "bebida alcoólica" e "produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica" exclui aquela do objeto material previsto no delito disposto no art. 243 da Lei 8.069/90; caso contrário, estar-se-ia incorrendo em analogia in malam partem (Precedentes do STJ). REsp 942.288/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008*

---

[441] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 611.

À conduta de servir bebidas alcoólicas a criança e adolescente incidia o artigo 63, I da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/41).

Essa questão foi superada pela lei 13.106/2015, que alterou o artigo 243 *caput* e incluiu expressamente no tipo penal a conduta de vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcoólica. A mesma lei também revogou a contravenção penal do artigo 63, I.

Houve majoração do preceito secundário que passou a prever pena de detenção de 2 a 4 anos. Logo, não há dúvida que a Lei 13.106/2015 é lei nova mais gravosa e só pode ser aplicada para fatos posteriores à sua vigência (17 de março de 2015).

Vale ressaltar que "se o produto vendido, fornecido, ministrado ou entregue ao menor for droga ilícita, prevista na Portaria no 344/1998 da ANVISA, o delito praticado será o do art. 33 da lei de Drogas (lei no 11.343/2006), com a incidência da causa de aumento contida no art. 40, VI da mesma lei."[442]

A conduta é passível de fracionamento, de forma que a tentativa é viável.

Ante a pena mínima de 2 anos, não há que se falar em suspensão condicional do processo (artigo 89 da lei 9.099/95).

> *Art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida:*
>
> *Pena – Detenção de seis meses a dois anos, e multa.*

Comentários: o crime é comum porque o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a criança ou adolescente.

Os verbos do tipo são: vender, fornecer ou entregar. Trata-se de tipo penal misto alternativo.

O crime encontra correspondência com o artigo 81, IV do ECA que proíbe a venda à criança ou adolescente de "fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar dano físico em caso de utilização indevida". Exemplo claro de fogos que não causam danos físicos pela utilização indevida é o popularmente conhecido "estalinho".

A conduta é passível de ser fracionada. Assim, a tentativa é viável.

A pena máxima cominada é de 2 anos. Logo, trata-se de infração penal de menor potencial ofensivo, o que atrai a competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95). Viável, portanto, a transação penal.

A pena mínima de 6 meses também faz com que se admita a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95).

> *Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2° desta lei, à prostituição ou à exploração sexual:*
>
> *Pena – reclusão de quatro a dez anos e multa, além da perda de bens e valores uti-*

---

[442] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 280.

lizados na prática criminosa em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente da unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal) em que foi cometido o crime, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé. (alterado pela Lei 13.440/2017).

§ 1° Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste artigo.

§ 2° Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Comentários: o dispositivo legal "foi tacitamente revogado pelo artigo 218-B do Código Penal, incluído pela Lei 12.015/2009 e que pune a conduta de submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de dezoito anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Pune-se ainda quem facilitar a prostituição ou impedir ou dificultar que a vítima a abandone. A pena é de reclusão de quatro a dez anos."[443]

Curioso notar que apesar da doutrina majoritária entender pela revogação, a Lei 13.440/2017 alterou o preceito secundário do referido dispositivo.

Sobre esse ponto, concordamos com o posicionamento de Rossato, Lépore e Cunha no sentido de que a alteração foi "inócua não somente em virtude da revogação do dispositivo, mas também porque a combinação dos arts. 91 e 218-B, § 3°, do CP permite a aplicação de efeitos semelhantes: este último dispositivo determina, como efeito obrigatório da condenação, a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. Em decorrência do primeiro, o condenado perde, em favor da União, o produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido com a prática do fato criminoso. Não obstante o dispositivo se refira à União, nada impede que o juiz, fundamentando-se no fato de que o crime vitimou uma criança ou um adolescente, determine a perda de bens e valores utilizados na prática criminosa em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente da unidade da Federação em que foi cometido o crime."[444]

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1° Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2° As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1° da Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990.

---

[443] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. págs. 617/618.

[444] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Ibid. págs. 618/619.

Comentários: o sujeito ativo desse crime pode ser qualquer pessoa adulta (a partir dos dezoito anos). O sujeito passivo é a criança ou adolescente.

Há dois verbos núcleo no tipo penal: *corromper* ou *facilitar* a corrupção. Trata-se de tipo penal misto alternativo. Assim, se o agente facilita e corrupção e depois efetivamente corrompe, haverá a incidência de apenas uma conduta delitiva.

Há grande controvérsia a respeito da natureza desse delito: seria um delito formal ou material?

A entender que o delito é material, a consumação ficaria condicionada ao resultado naturalístico que é a corrupção da criança ou adolescente. Se a posição for no sentido de tratar-se de crime formal, a consumação não estaria vinculada a esse resultado naturalístico. A mera prática de infração penal com criança ou adolescente seria suficiente à condenação.

O debate persiste no âmbito doutrinário, mas a jurisprudência sacramentou o assunto e se fixou no sentido de que o crime é formal. Nessa linha é a súmula 500 do STJ: *"A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal."*

Passada essa questão, outro ponto merece estudo: como comprovar que a pessoa corrompida era criança ou adolescente à data do fato?

A súmula 74 do STJ afirma que *"Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".*

O verbete sumular é aberto porque se refere a "documento hábil". O que seria esse "documento hábil"? Seria necessária certidão de nascimento?

Nesse passo não podemos esquecer que o artigo 155, parágrafo único do CPP afirma *que "somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil."*

Após intensa controvérsia, o STJ entendeu que a prova de o agente corrompido não ter alcançado 18 anos não fica restrita à apresentação da certidão de nascimento. Basta a apresentação de outro documento idôneo, tal como uma carteira de identidade. Todavia, não basta a mera declaração da criança ou adolescente perante a autoridade policial afirmando que ainda não completou 18 anos. Vejamos:

> *(...). PENAL E PROCESSO PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. IDADE. ESTADO DA PESSOA. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTO HÁBIL E IDÔNEO. SÚMULA N.º 74/STJ. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS, MAS REJEITADOS.*
>
> 1. *A menoridade tem a ver com o estado das pessoas e deve ser comprovada por documento público hábil e idôneo, não apenas a certidão de nascimento, mas qualquer outro que tenha fé pública. Cumpre anotar que não serve a mera declaração do menor perante a autoridade policial. A simples redução a termo de declaração prestada não se reveste das formalidades exigidas para a comprovação do estado das pessoas. Precedentes do STJ e STF.*
> 2. *Reafirmação da Súmula n.º 74 desta Corte: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil." (...) (EREsp 1763471/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019)*

No STF é possível encontrar entendimento no sentido da indispensabilidade de certidão de nascimento para comprovar que a pessoa ainda não havia completado 18 anos:

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTIGO 155, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DO ADOLESCENTE. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. 1. A regra do art. 155 do Código de Processo Penal não é absoluta. Em seu parágrafo único, com o intuito de resguardar as garantias do acusado e do devido processo legal na busca da verdade dos fatos, prevê a mitigação do princípio do livre convencimento quando a questão abrange o estado das pessoas, hipótese de prevalência das restrições estabelecidas na legislação civil. 2. Inexiste nos autos prova específica, idônea e inequívoca, para fins criminais, da idade do adolescente envolvido no delito, nos termos do parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, de modo a justificar a condenação quanto ao crime de corrupção de menores. 3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, supõe prova hábil (**certidão de nascimento**). Precedentes. 4. Ordem de *habeas corpus* concedida para restabelecer o juízo absolutório do acórdão da Corte Estadual quanto à prática, pelo paciente, do crime de corrupção de menores tipificado no art. 244-B da Lei 8.069/90.
>
> (HC 123779, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015)

Por outro lado, há acórdãos no STF que admitem a apresentação de carteira de identidade para a comprovação da idade[445] ou mesmo outro documento oficial dotado de fé pública.[446]

Questão: se o crime for cometido em companhia de duas pessoas que ainda não completaram 18 anos haverá crime único?

A questão pode ser exemplificada com um adulto que comete crime em companhia de dois adolescentes.

A jurisprudência do STJ entende que nesses casos haverá concurso formal de crimes, ou seja, não há que se falar em crime único.[447]

Prosseguindo na análise do crime, vemos que o § 1° especifica uma das formas de cometer o delito, qual seja: por meios eletrônicos.

Já o § 2° traz uma causa de aumento para os casos em que a infração cometida ou induzida figurar no rol do artigo 1° da Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos. Nesse particular é precisa a observação de Habib nos seguintes termos: *"Tendo em vista que o § 2° fez menção expressa ao rol do art. 1° da lei de crimes hediondos (8.072/90), à luz do princípio da*

---

[445] STF - HC 137435 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/11/2017.

[446] STF - HC 146181 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 01/03/2019.

[447] STJ - REsp 1680114/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017.

legalidade penal, o aumento de pena nele previsto não abrange os delitos equiparados a hediondos previstos no art. 2° da lei 8.072/90, como o delito de tráfico de drogas."[448]

Entendemos cabível a tentativa. É a hipótese em que um adulto faz a sugestão de praticar crime com um adolescente, mas esse não aceita.

A competência para o julgamento é da Vara Criminal, sendo certo que a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) é cabível porque a pena mínima é de um ano. Entretanto, a suspensão não será viável se incidir a causa de aumento do § 2°.

CAPÍTULO 2 – DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

1 - Introdução:

O ECA enumera infrações administrativas às normas de proteção à criança e ao adolescente. Isso se dá a partir do artigo 245, sendo certo que incide o princípio da legalidade, ou seja, só pode ser considerada infração administrativa aquilo que está expressamente mencionado. Logo, não cabe ao magistrado criar uma sanção administrativa.

O procedimento de apuração de infração administrativa já foi abordado e consta entre os artigos 194 e 197 do ECA.

A competência é do juízo da infância e juventude. Trata-se de competência exclusiva, conforme artigo 148, VI do ECA.

Interessante notar que "as infrações administrativas não admitem tentativa. Não se perquire a respeito da intenção do agente em praticar a infração administrativa. Se iniciada a execução da infração, e esta deixa de se consumar por motivos alheios à vontade do agente, não há infração, nem responsabilidade. Deve ser verificado se a situação de fato se subsume no tipo administrativo infracional. Não há que se questionar a intenção do agente, mas sim a sua conduta. A infração administrativa lhe será imputada na hipótese de ter praticado a conduta prevista no tipo administrativo."[449]

Em relação à prescrição da sanção administrativa, a jurisprudência se consolidou no sentido de que não há que se falar na aplicação das normas penais para a contagem. Isso porque, se a norma contém matéria afeta ao Direito Administrativo, a prescrição se dará em 5 anos, com base no artigo 1° do Decreto 20.910 de 1932.

O início do prazo prescricional para a execução da sanção imposta não é a data da infração, mas sim a data do trânsito em julgado da decisão que aplicou a infração. O fundamento reside no artigo 214, § 1° do ECA que exige o trânsito em julgado para que o MP execute a multa. Logo, não é possível que a prescrição inicie antes da possibilidade de execução forçada da dívida.[450]

---

[448] HABIB, Gabriel. Op. cit. pág. 287.

[449] RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Infrações administrativas. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 665. No mesmo sentido: ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 623.

[450] Nesse sentido: STJ - AgInt no REsp 1297641/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2019; REsp 1323653/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,

2 - Das infrações administrativas:

Nesse item iremos abordar individualmente as infrações administrativas previstas no ECA.

> *Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:*
>
> *Pena – Multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*

Comentários: os sujeitos ativos dessa infração são o médico, professor, ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche.

Sujeitos passivos são a criança e o adolescente.

A autoridade competente para receber a informação é o Conselho Tutelar, nos moldes do artigo 13 do ECA. Todavia, entendemos que a comunicação à autoridade judiciária e ao MP afasta a incidência da infração porque também possuem competência para atuar em casos envolvendo maus –tratos.

Trata-se de infração omissiva. Sobre o elemento subjetivo, "como ilícito administrativo, exige-se apenas a voluntariedade da conduta omissiva, dispensando o dolo ou a culpa."[451]

> *Art. 246. Impedir o responsável ou funcionário de entidade de atendimento o exercício dos direitos constantes nos incisos II, III, VII, VIII e XI do art. 124 desta lei:*
>
> *Pena – Multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*

Comentários: o **sujeito ativo** dessa infração é o responsável ou funcionário de entidade de atendimento socioeducativo de internação e semiliberdade. Isso porque o artigo 124 do ECA confere direitos ao "adolescente privado de liberdade" e tanto a internação quanto a semiliberdade são medidas privativas de liberdade (art. 15 da Lei 12.594/12 – SINASE).

O artigo 124 se refere somente a direitos do "adolescente". Todavia, ao nosso ver, pode ser sujeito passivo tanto o adolescente como também aquele que já completou a maioridade, mas continua privado de liberdade em unidade socioeducativa como permite o artigo 121, § 5° do ECA. Logo, o **sujeito passivo** dessa infração é a pessoa com idade entre 12 anos completos e 21 anos incompletos.

SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2013; REsp 894.528/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2009.

[451] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 744.

A conduta é comissiva, cristalizada no verbo "impedir".

Os direitos protegidos por essa infração administrativa são: peticionar diretamente a qualquer autoridade; avistar-se reservadamente com seu defensor; receber visitas, ao menos semanalmente; corresponder-se com seus familiares e amigos; receber escolarização e profissionalização.

> *Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:*
>
> *Pena – Multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*
>
> *§ 1° Incorre na mesma pena quem exibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.*
>
> *§ 2° Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.*

Comentários: qualquer pessoa pode ser sujeito ativo dessa infração. Crianças e adolescentes são os sujeitos passivos.

De acordo com Priscila Dinarte, "o que se visa evitar, com essa vedação, é que a criança ou adolescente autor de ato infracional fique rotulado por aquele ato, sendo estigmatizado socialmente, prejudicando, por conseguinte, seu desenvolvimento". A mesma autora acrescenta que "não se trata de deixar de observar o direito à liberdade de imprensa ou informação, vez que os fatos podem ser publicados; o que se veda é a identificação do autor de ato infracional."[452]

A infração administrativa possui relação direta com o artigo 17 do ECA que inclui no "direito ao respeito" a preservação da imagem.

O § 2° do artigo 247 se refere expressamente ao caso em que o órgão da imprensa ou emissora de rádio ou televisão praticam essa infração administrativa. A sanção prevista nesse caso envolvia a "apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por 2 dias, bem como da publicação do periódico até por 2 números."

O STF, na ADI 869, entendeu que havia violação à liberdade de informação (art. 220 da CRFB) e declarou a inconstitucionalidade da sanção de "suspensão da programação da emissora até por 2 dias, bem como da publicação do periódico até por 2 números."

> Art. 248. (revogado).

---

[452] DINARTE, Priscila Valduga. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, pág. 1.489.

Comentários: esse dispositivo foi revogado. Fizemos observações sobre o assunto ao tratarmos da guarda, especificamente Título 2, Capítulo 5, item 2.5, ao qual remetemos o leitor.

> *Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:*
>
> *Pena – Multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*

Comentários: os sujeitos ativos dessa infração são os detentores do poder familiar, bem como tutores e guardiões.

Na doutrina vemos respeitável opinião no sentido de que qualquer pessoa poderia ser sujeito ativo dessa infração nas hipóteses de descumprimento de ordem da autoridade judiciária e do Conselho Tutelar.[453] Todavia, o STJ entende que a infração, em seu todo, só pode ser praticada pelos pais, tutores ou guardiões: *"Deve ser considerada inepta a autuação lavrada com esteio no artigo 249 do ECA, contra o Secretário Municipal da Educação que descumpriu a ordem para disponibilizar vagas em creche e pré-escola para duas crianças. II – O artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem como destinatários os pais, tutores e guardiães que descumprirem determinação do juiz ou do Conselho Tutelar, referente ao exercício do pátrio poder."*[454]

> *Art. 250. Hospedar criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsável, ou sem autorização escrita desses ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congênere:*
>
> *Pena – Multa.*
>
> *§ 1° Em caso de reincidência, sem prejuízo da pena de multa, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até 15 (quinze) dias.*
>
> *§ 2° Se comprovada a reincidência em período inferior a 30 (trinta) dias, o estabelecimento será definitivamente fechado e terá sua licença cassada.*

Comentários: o sujeito ativo pode ser a pessoa física que hospeda a criança e adolescente sem observância da normativa legal e também a pessoa jurídica. Em relação à possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo dessa infração, a doutrina e jurisprudência convergem na resposta positiva, até porque as sanções previstas nos § § 1° e 2° são destinadas justamente às pessoas jurídicas.[455]

O sujeito passivo é a criança ou o adolescente.

---

[453] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 627.

[454] STJ - REsp 767.089/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2005.

[455] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 756. ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 628. STJ - REsp 622.707/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010.

A norma encontra consonância com o artigo 82 do Estatuto que veda a hospedagem de criança ou adolescente em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável.

> *Art. 251. Transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85 desta lei:*
>
> *Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*

Comentários: o sujeito ativo é quem realiza o transporte. O sujeito passivo é a criança e o adolescente.

A norma visa resguardar que viagens de crianças e adolescentes respeitem os artigos 83 a 85 do ECA que regram o assunto e já foram abordados nessa obra.

Para a configuração da infração não se faz necessária a ocorrência de dano, tal como acidente no trajeto, ou mesmo perigo de dano. Realizado o transporte sem observância da normativa legal, restará configurada a infração administrativa.

> *Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.*
>
> *Pena – Multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*

Comentários: o sujeito ativo é o responsável por diversão ou espetáculo público. O sujeito passivo é a criança ou o adolescente.

A infração está relacionada com a obrigação prevista no artigo 74, parágrafo único do ECA que trata da prevenção especial aos Direitos das Crianças e Adolescentes.

> *Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:*
>
> *Pena – Multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.*

Comentários: o sujeito ativo é o proprietário ou responsável pela divulgação da peça teatral, filme ou espetáculo.[456] Entendemos que as pessoas jurídicas da casa de espetáculo e órgão de divulgação ou publicidade também são sujeitos ativos, porque a penalidade se dirige especificamente a eles.

Os sujeitos passivos são as crianças e adolescentes.

O mero anúncio já configura essa infração. É desnecessário que alguma criança ou adolescente efetivamente assista o evento.

---

[456] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 764.

Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação:

Pena – Multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

Comentários: sujeito ativo é a pessoa responsável por transmitir o programa, incluindo a empresa.[457] Sujeito passivo é a criança e o adolescente.

O STF entendeu que a expressão "em horário diverso do autorizado" é inconstitucional porque a classificação é indicativa e não impositiva. De acordo com a Corte, foram violados os artigos 5°, IX (liberdade de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença), art. 21, XVI (competência da União para exercer a classificação **indicativa** de diversões públicas, programas de rádio e televisão) e 220 (liberdade na manifestação do pensamento, criação, expressão e informação).

Art. 255. Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congênere classificado pelo órgão competente como inadequado às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo:

Pena – Multa de vinte a cem salários de referência, na reincidência, a autoridade poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Comentários: o sujeito ativo dessa infração é a pessoa que exibe o filme, trailer, peça, amostra ou congênere. Isso pode recair no responsável pelo estabelecimento ou no diretor do espetáculo.[458]

O sujeito passivo são as crianças e adolescentes que foram admitidos ao espetáculo.

Importante deixar claro que só haverá a infração se houver crianças ou adolescentes no local. Caso o espetáculo seja aberto, mas não haja a presença de crianças e adolescentes a infração não se configurará.

A consumação ocorre com a exibição do filme, trailer, peça, amostra ou congênere classificado como inadequado à criança ou adolescente admitido ao espetáculo. Não se pune a tentativa.[459]

Art. 256. Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente:

Pena – Multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

---

[457] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 631.

[458] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 768.

[459] ISHIDA, Idem.

Comentários: o sujeito ativo da infração é quem vende ou aluga o material impróprio à criança e adolescente. Entendemos que a pessoa jurídica também pode ser considerada sujeito ativo porque a sanção pode recair sobre ela como se vê na penalidade de fechar o estabelecimento por até quinze dias.

Crianças e adolescentes figuram como sujeitos passivos dessa infração.

O dispositivo precisa ser adaptado aos novos tempos de forma a abranger a venda de DVDs ou arquivos digitais com conteúdo impróprio. Logo, se é feita a venda de um filme dentro de um pen drive em desacordo com a classificação atribuída, a infração restará configurada. Não vemos empecilho à ampliação do texto legal, já que estamos diante de infração administrativa e não penal.

> *Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta lei:*
>
> *Pena – Multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.*

Comentários: o sujeito ativo é a pessoa que comercializa o material exposto nos artigos 78 e 79 do ECA. Crianças e adolescentes são os sujeitos passivos.

O elemento subjetivo é apenas a voluntariedade, dispensado o dolo. A infração se consuma com a comercialização das revistas e publicações, com desrespeito às regras dos arts. 78 e 79.[460]

> *Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:*
>
> *Pena – Multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.*

Comentários: o sujeito ativo da infração é o responsável pelo estabelecimento ou o empresário. Sujeito passivo é a criança ou o adolescente.

De acordo com Rossato, Lépore e Cunha, há os locais de acesso proibido, que estão previstos no artigo 80 do ECA. Existem também outros locais em que o acesso é relativamente proibido, já que admite-se a entrada se a criança ou adolescente estiver na presença dos pais, em determinado horário ou se existir alvará judicial autorizando, como ocorre em estádios, ginásios, etc.[461]

Interessante notar que a infração só se configura quando há inobservância do que está previsto no ECA, já que o tipo administrativo se refere ao "que dispõe <u>esta lei</u>". Assim, se a previsão estiver em outra legislação, não restará configurada a infração administrativa.

> *Art. 258-A. Deixar a autoridade competente de providenciar a instalação e operacio-*

---

[460] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 634.

[461] ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. pág. 635.

nalização dos cadastros previstos no art. 50 e no § 11 do art. 101 desta lei:

Pena – Multa de R$ 1.000,00 (mil reais) a R$ 3.000,00 (três mil reais).

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas a autoridade que deixa de efetuar o cadastramento de crianças e de adolescentes em condições de serem adotadas, de pessoas ou casais habilitados à adoção e de crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional ou familiar.

Comentários: o sujeito ativo dessa infração é a autoridade judiciária com competência para determinar a instalação e operacionalização dos cadastros de adoção. Na conduta descrita no parágrafo único a autoridade judiciária também figura como sujeito ativo, pois ela determina o cadastramento de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas, pessoas ou casais habilitados à adoção e crianças e adolescentes que estejam em acolhimento institucional ou familiar.

Sujeitos passivos são as crianças, os adolescentes e os casais ou pessoas habilitados à adoção.

Tratando-se de conduta omissiva, a consumação ocorre quando há omissão por tempo juridicamente relevante, não havendo que se falar em tentativa.[462]

Art. 258-B. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregarseu filho para adoção:

Pena – Multa de R$ 1.000,00 (mil reais) a R$ 3.000,00 (três mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar que deixa de efetuar a comunicação referida no caput deste artigo.

Comentários: é infração administrativa própria porque só pode ser praticada pelo médico, enfermeiro, dirigente de estabelecimento de atenção à saúde ou, com base no parágrafo único, pelo funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar.

Sujeito passivo é a criança que pode ser adotada, especificamente o nascente ou neonato. O fim buscado pela norma é coibir o direcionamento de criança recém-nascida para determinada pessoa (adoção *intuito personae*), e respeitar os cadastros local, estadual e federal.[463]

Trata-se de infração omissiva, de forma que a tentativa não é cabível. Havendo omissão por espaço de tempo suficiente à realização do encaminhamento, haverá consumação.

Art. 258-C. Descumprir a proibição estabelecida no inciso II do art. 81:

Pena – multa de R$ 3.000,00 (três mil reais) a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

---

[462] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 782.

[463] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 784.

Medida Administrativa – interdição do estabelecimento comercial até o recolhimento da multa aplicada.

Comentários: o artigo 81, inciso II do ECA proíbe a venda à criança ou adolescente de bebidas alcoólicas. O sujeito ativo dessa infração é aquele que efetua a venda, ao passo que crianças e adolescentes figuram como sujeitos passivos.

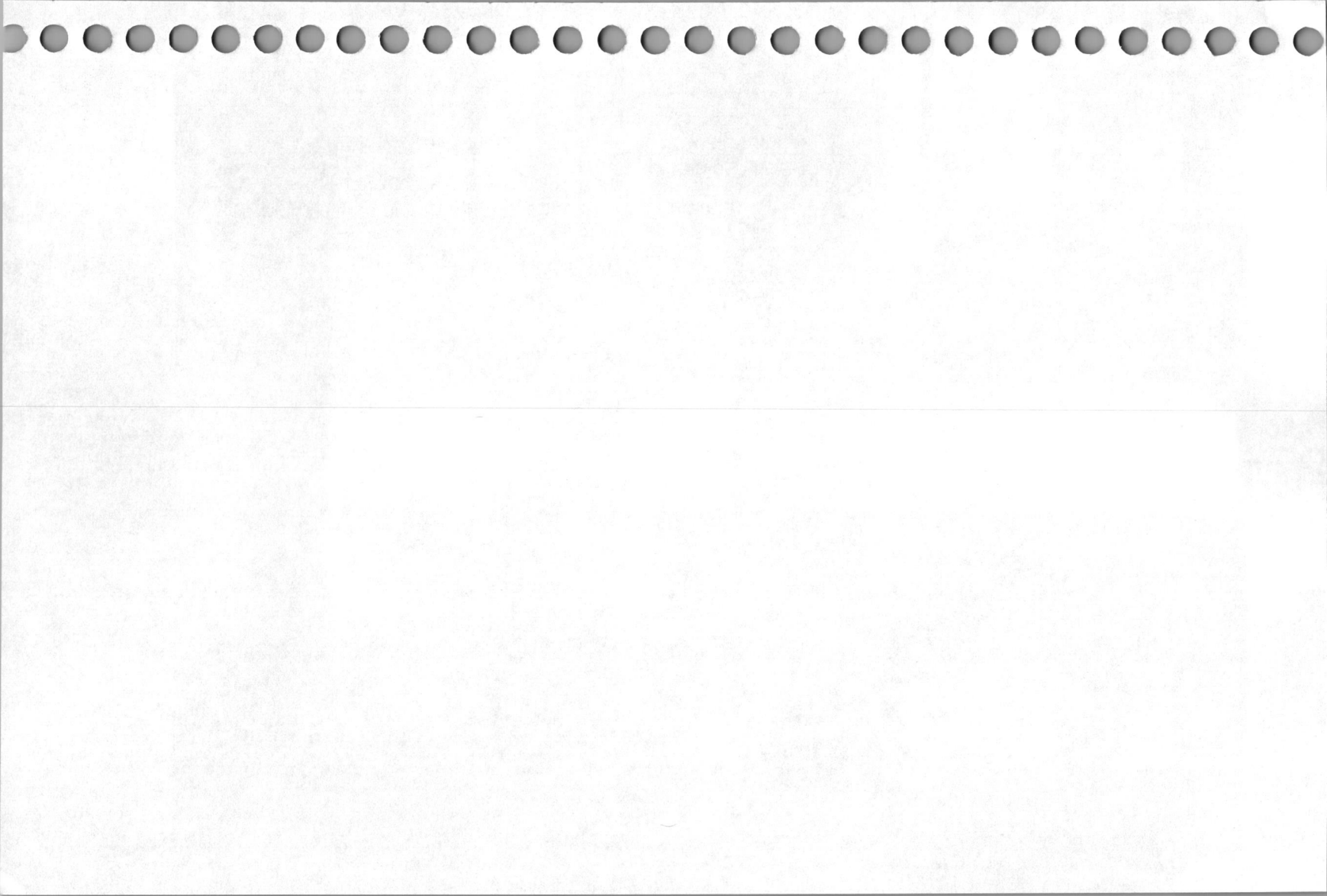
Vale lembrar que o artigo 243 do ECA criminaliza a conduta de vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcoólica a criança ou adolescente. Assim, do mesmo fato surgem consequências penais e administrativas. Não há *bis in idem* justamente porque a instância penal é independente da administrativa.

A consumação se dá com a venda, sendo infração instantânea. A tentativa é possível, embora não seja punível.[464]

---

[464] ISHIDA, Válter Kenji. Op. cit. pág. 785.

Terceira Parte

SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO – SINASE

LEI 12.594/2012

TÍTULO 1 – DO SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO – SINASE[465]

CAPÍTULO 1 – DA INTRODUÇÃO E DISPOSIÇÕES GERAIS

A Lei 12.594 de 2012 instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Como o próprio nome indica, a legislação regulamenta diversos aspectos relacionados ao cumprimento de medidas socioeducativas, desde seus objetivos, passando pelos programas de atendimento e entrando efetivamente na execução das medidas.

Guardadas as devidas proporções, o SINASE é similar à lei de execução penal (Lei 7.210/84). Enquanto a lei do SINASE regulamenta o sistema socioeducativo, a lei de execução penal regulamenta o sistema penal. Assim, se um adolescente cumpre medida socioeducativa, estará sujeito aos direitos e deveres da lei do SINASE. Lado outro, se um adulto cumpre pena, estará sujeito aos direitos e deveres da LEP (Lei de Execução Penal).

O artigo 1°, § 1° da lei conceitua SINASE como o "conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei."

Na feliz síntese de Ramidoff, "o SINASE categoricamente tem por fim ordenar cada uma das atribuições legais que se destinem a efetivação das determinações judiciais relativas à responsabilização diferenciada do adolescente a quem se atribua a prática de ação conflitante com a lei."[466]

O CONANDA[467] já havia disciplinado a matéria na resolução 119 de 2006 e no artigo 3° conceituou o SINASE de forma ampla, nos seguintes termos: *"O Sinase é um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medidas socioeducativas."*

Para aferir quem são os destinatários da lei do SINASE, temos que verificar quem pode estar cumprindo uma medida socioeducativa. Nesse sentido, vemos que crianças (aquelas pessoas com até 12 anos incompletos) podem cometer atos infracionais, mas a consequência será a aplicação de uma medida protetiva (artigo 105 do ECA). Por sua vez, os adolescentes que cometem atos infracionais podem receber como resposta a aplicação de uma medida socioeducativa. Por fim, não podemos esquecer que é possível a aplicação e execução de medidas socioeducativas às pessoas entre 18 e 21 anos quando o fato tenha sido praticado durante a adolescência. Nesse sentido é a súmula 605 do STJ: *"A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos."*

---

[465] Temos livro específico sobre o assunto com comentários à Lei 12.594/12, publicado pela editora Juspodivm na coleção "Leis Especiais para Concursos".

[466] RAMIDOFF, Mário Luiz. SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012 – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

[467] CONANDA significa Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes.

Tomando por base a explicação acima, vemos que o SINASE tem seu âmbito de aplicação limitado às pessoas entre 12 anos (início da adolescência) e 21 anos (limite para a aplicação e execução de medidas socioeducativas).

1 - Dos objetivos das medidas socioeducativas:

O artigo 1°, § 2° da lei do SINASE é dispositivo de suma importância, pois enumera os objetivos das medidas socioeducativas. Três são os objetivos dispostos em lei:

1. **Responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação:**

Quando a lei utiliza a palavra "responsabilização" acerca das consequências lesivas do ato infracional fica evidente um objetivo sancionatório/retributivo da medida. Portanto, é de todo equivocado pensar que as medidas socioeducativas possuem apenas caráter educativo, já que existe também o objetivo sancionador.

Como afirmamos em outra oportunidade, "a reparação do dano causado, do ponto de vista meramente econômico, já é prevista no Estatuto como medida socioeducativa (art. 112, inc. II). Além dessa medida, a previsão de incentivo à sua reparação pode transcender a questão financeira para buscar a requalificação da relação entre adolescente infrator e vítima. É o que se tem chamado de *Justiça Restaurativa*. A responsabilização e a reparação previstas nesse dispositivo podem ser bem alcançadas, em certos casos, com um encontro entre o adolescente e a vítima para que haja uma recomposição social do dano. Não são em todos os casos que esse encontro deve ocorrer. Cabe ao juiz, diante da hipótese concreta, verificar se é possível a recomposição social do dano e, ouvidos MP e defesa, decidir sobre o assunto."[468]

2. **A integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento:**

Quando se trata de "integração social" do adolescente, o aspecto que prevalece é o pedagógico/educativo. Sem dúvida, a medida *socioeducativa* deve ter também um caráter *educativo*.

Esse objetivo pedagógico é alcançado por meio do cumprimento do plano individual de atendimento que está previsto no artigo 52 da lei.

O plano individual de atendimento (PIA) é um instrumento específico para cada adolescente que cumpre medida socioeducativa. Ali são colocados os problemas e metas a serem alcançadas pela socioeducação. A palavra "individual" não deixa dúvidas: estamos diante de um plano que visa **individualizar a medida socioeducativa**. Entendemos que no artigo 5°, XLVI da CRFB, que se refere à individualização da pena, está incluído

---

[468] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12 – Leis Especiais para Concursos, v.48/coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 2 edição, revista, ampliada e atualizada – Salvador: Juspodivm, 2019, págs. 21/22.

também o **princípio da individualização da medida socioeducativa**, já que essa também possui inegável caráter aflitivo.

3. **Desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei:**

Mais uma vez vemos um objetivo que tem relação direta com a face sancionatória/ retributiva da medida socioeducativa. A "desaprovação" de uma conduta não deixa margem a dúvidas: o adolescente precisa saber que o ato praticado não é adequado ao contexto social vigente.

O inciso III prossegue trazendo não um objetivo da medida socioeducativa, mas sim um direito aos que cumprem a medida: as disposições da sentença são o parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos.

Esse trecho legal pode levar ao equívoco de imaginarmos ser inviável a substituição da medida aplicada por outra mais gravosa. Com efeito, se a sentença é o parâmetro máximo de privação de liberdade, não caberia falar, por exemplo, em substituição da semiliberdade por internação no curso da execução.

Todavia, essa conclusão se chocaria com o artigo 43, § 4° da própria lei do SINASE que enumera requisitos para a substituição mais gravosa "inclusive na hipótese do inciso III do artigo 122 do ECA" (internação sanção). Ora, quando a lei diz "inclusive" na internação sanção, está deixando claro que os requisitos se aplicam a esse tipo de internação e também à substituição mais gravosa no curso da execução. Logo, o artigo 1°, § 2°, inciso III não afasta a possibilidade do juiz proceder a uma substituição mais gravosa fora das hipóteses de internação sanção.[469]

Então, qual é o sentido da parte final do artigo 1°, § 2°, inciso III da lei do SINASE?

Conforme deixamos claro em obra sobre o assunto, "o objetivo da lei foi afastar de plano qualquer entendimento no sentido de que a inexistência de vagas em regime menos gravoso poderia levar o jovem ao cumprimento em estabelecimento adequado ao regime mais gravoso. Por mais incrível que possa parecer, houve entendimento jurisprudencial – relacionado à execução penal – no sentido de que o condenado que obtém a progressão de regime e não encontra vagas compatíveis com o regime fixado poderia cumprir a pena no regime mais gravoso até que fosse disponibilizada vaga no regime adequado".[470]

É claro que esse entendimento não pode prevalecer porque gera consequências negativas ao condenado em razão de uma falha unicamente estatal.

À época em que editada a lei do SINASE a controvérsia ainda estava viva, mas atualmente a jurisprudência se pacificou nos termos da súmula vinculante 56 do STF: *"A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS."*

---

[469] Tratamos do assunto também no item 5, Capítulo 4 do Título 3 – Segunda Parte do livro. Ali cuidamos da posição do STF anterior à lei do SINASE vedando a "internação substituição".

[470] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 23.

2 - Características das medidas socioeducativas:

Pelo estudo dos objetivos das medidas socioeducativas podemos perceber seu caráter híbrido. Isso porque há objetivo pedagógico e sancionatório. A integração social do adolescente reflete conteúdo pedagógico enquanto que a responsabilização do adolescente e desaprovação da conduta infracional expressam objetivos sancionatórios/retributivos.

Essa característica foi observada por Ramidoff que assim se manifestou: *"Contudo, agora, lamentavelmente, empreendeu-se a marca ideológica da lesividade – 'consequências lesivas do ato infracional' (inciso I do § 2° do art. 1° da Lei n. 12.594/2012) – em franco alinhamento e retrocesso ao Direito Penal – ainda que 'juvenil'! – de cunho repressivo-punitivo."*[471]

Percebendo a característica híbrida, o professor Márcio Pinho de Carvalho se alinha ao "Direito Penal Juvenil" e assim nos ensina: *"As medidas socioeducativas são espécies de sanção penal, abrandadas em razão de serem destinadas a indivíduos inseridos na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Além da observância de todos os princípios e garantias constitucionais do direito penal e processual penal, são acrescentados os princípios específicos do direito infracional, como excepcionalidade, brevidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 121, do ECA). (...) Concorda-se com a definição de Direito Penal Juvenil, pois não se pode negar o caráter aflitivo das medidas socioeducativas, sendo limitadoras da liberdade dos adolescentes, tal qual as sanções penais."*[472]

O caráter híbrido possui relevância prática em diversos julgados que já foram explorados nessa obra. Podemos citar o posicionamento do STJ que acaba por fazer prevalecer o conteúdo sancionatório da medida ao permitir prisão preventiva do adulto em virtude da prática anterior de ato infracional e também afasta o tráfico privilegiado (artigo 33, § 4° da Lei 11.343/06) quando o adulto possui antecedentes infracionais.[473] De outra linha é a posição do STJ acerca da execução imediata da medida no caso de adolescente que respondeu o processo liberado e recebeu internação na sentença.[474] Prevaleceu nesse último caso o argumento que a MSE possui apenas caráter pedagógico.

CAPÍTULO 2 - DAS COMPETÊNCIAS

A partir do artigo 3°, a lei do SINASE estabelece competências. Algumas observações merecem destaque.

A União formula e coordena a execução da política nacional de atendimento socioeducativo.

Assim não cabe à União ofertar diretamente programa de atendimento socioeducativo. Não existe uma "unidade socioeducativa federal".

Isso difere da execução penal, já que existem presídios federais.

---

[471] RAMIDOFF, Mário. Op. cit., págs. 14/15.

[472] CARVALHO, Márcio Pinho de. Execução de medidas socioeducativas – Prática processual de aplicação da Lei do SINASE e da Resolução no 165 do Conselho Nacional de Justiça – Rio de Janeiro: Processo, 2018. Págs. 11/12.

[473] Remetemos o leitor ao Título 6, capítulo 6, item 6 da Segunda Parte desse livro.

[474] Abordamos o tema no Título 6, Capítulo 11, item 5.2.3 da Segunda Parte desse livro.

A oferta de atendimento socioeducativo fica a cargo dos Estados e Municípios.

Os Estados devem manter os programas para a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação (artigo 4°, III), ao passo que os Municípios devem criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas de meio aberto (artigo 5°, III).

Em resumo: os Estados ofertam programas de atendimento de privação de liberdade, conforme conceito contido no artigo 15 da lei do SINASE, ao passo que os Municípios ofertam programas das medidas de meio aberto (artigo 13 da lei do SINASE).

ESTADOS	MUNICÍPIOS
Ofertam medidas de meio fechado/privação de liberdade, conforme artigos 4°, III e 15 da lei do SINASE.	**Ofertam medidas de meio aberto, conforme art. 5°, III e 13 da lei do SINASE.**
As medidas de meio fechado/privação de liberdade são a semiliberdade e internação.	**As medidas de meio aberto são Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade**

Interessante notar que as medidas de obrigação de reparar o dano e advertência são instantâneas e não precisam de um acompanhamento socioeducativo. Deveras, a advertência é prestada diretamente pelo juiz. Já na obrigação de reparar o dano, o adolescente recompõe o prejuízo material provocado. Não há necessidade de atendimento socioeducativo.

Por fim, necessário destacar que o Distrito Federal possui as competências cumulativas de Estados e Municípios (art. 6° da lei do SINASE).

CAPÍTULO 3 – DOS PROGRAMAS DE ATENDIMENTO

De acordo com a conceituação expressa no artigo 1°, § 3° da lei do SINASE, programa de atendimento é a organização e funcionamento, por unidade, das condições necessárias para o cumprimento das medidas socioeducativas.

É claro que esse programa se sujeita a critérios mínimos previstos em lei e deve ser fiscalizado e inscrito nos Conselhos de Direitos.

Com base nos artigos 9° e 10 do SINASE os Estados e DF inscreverão seus programas no Conselho Estadual ou Distrital, ao passo que os Municípios inscreverão seus programas no respectivo Conselho Municipal.

Como dissemos na segunda parte desse livro, Título 1 da parte especial, capítulo 2, item 3, há antinomia entre o SINASE e o ECA, já que esse determina, em seu artigo 90, § 1°, a inscrição somente no Conselho Municipal. Remetemos o leitor ao que dissemos naquela oportunidade, citando inclusive posicionamento doutrinário no sentido de que a inscrição deve ser feita nos dois Conselhos (estadual e municipal).

O artigo 11 prevê requisitos para inscrição do programa de atendimento. Todos são voltados para criar ambiente que permita a socioeducação. Destaque deve ser dado ao inciso III, alíneas "b" e "c". É necessário fazer previsão das condições do exercício da disciplina e concessão de benefícios, sendo certo que a concessão de benefícios extraor-

dinários e enaltecimento também devem constar no instrumento. Nesse particular é de se fazer uma ponte com o artigo 71 do SINASE que determina a todas as entidades de atendimento a previsão do regime disciplinar no regimento interno.

Ainda cabe ressaltar o artigo 12. Como se sabe, o Direito da Criança e do Adolescente é interprofissional. Como imaginar um processo de destituição do poder familiar sem o relatório de uma assistente social? Como pensar na avaliação do progresso socioeducativo sem o relatório de uma pedagoga? Não temos dúvida que a equipe técnica desempenha um dos papéis mais importantes na área que estamos a estudar.

Considerando essa realidade, o artigo 12 prevê a composição **mínima** da equipe técnica do programa de atendimento com profissionais das áreas de saúde, educação e assistência social. O § 1° enfatiza que outros profissionais podem ser acrescentados. Normalmente a área da psicologia é essencial ao progresso socioeducativo.

A partir do artigo 13 constam atribuições da direção do programa de prestação de serviços à comunidade ou liberdade assistida (programas de meio aberto). A lei foi técnica quando deixou de fora as medidas socioeducativas de advertência e obrigação de reparar o dano porque para essas não se faz necessário o acompanhamento socioeducativo: o cumprimento é instantâneo. Ou se repara o dano ou já terá ocorrido descumprimento; na mesma linha é a advertência que representa MSE imediata dada pelo magistrado.

É possível que haja a impugnação do credenciamento de entidades assistenciais, hospitalares, escolas e outros congêneres que participarão do programa. O artigo 14, parágrafo único disciplina o assunto e determina a aplicação subsidiária do procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento (art. 191 e seguintes do ECA).

Passando aos programas de privação de liberdade (internação e semiliberdade) o artigo 15 traz requisitos mais rigorosos para a inscrição. A maior proximidade do adolescente com a instituição justifica as exigências.

O inciso I se refere à comprovação da existência de estabelecimento educacional com instalações adequadas. Frise-se que tanto na semiliberdade quanto na internação é possível realizar atividades externas (artigo 120, *caput* e 121, § 1°, ambos do ECA). Todavia, na internação o magistrado pode vedar expressamente a realização de atividades externas.

Logo, a existência de estabelecimento educacional deve ser dentro da unidade de internação, mas o mesmo não é necessário na semiliberdade porque é viável, e até recomendável, que o socioeducando estude em colégio da comunidade.

O Conselho Nacional de Educação e Câmara de Educação básica editou a resolução 3 de 2016 e em seu artigo 4° há princípios do atendimento escolar de adolescentes e jovens em cumprimento de medida socioeducativa. Vejamos:

> *"Art. 4º O atendimento escolar de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas tem por princípios: I – a prevalência da dimensão educativa sobre o regime disciplinar; II – a escolarização como estratégia de reinserção social plena, articulada à reconstrução de projetos de vida e à garantia de direitos; III – a progressão com qualidade, mediante o necessário investimento na ampliação de possibilidades educacionais; IV – o investimento em experiências de aprendizagem social e culturalmente relevantes, bem como do desenvolvimento*

> *progressivo de habilidades, saberes e competências; V – o desenvolvimento de estratégias pedagógicas adequadas às necessidades de aprendizagem de adolescentes e jovens, em sintonia com o tipo de medida aplicada; VI – a prioridade de adolescentes e jovens em atendimento socioeducativo nas políticas educacionais; VII – o reconhecimento da singularidade e a valorização das identidades de adolescentes e jovens; VIII – o reconhecimento das diferenças e o enfrentamento a toda forma de discriminação e violência, com especial atenção às dimensões sociais, geracionais, raciais, étnicas e de gênero."*

Dispositivo de suma relevância é o artigo 16, § 1° que veda a edificação de unidades socioeducativas em espaços contíguos, anexos, ou de qualquer forma integrados a estabelecimentos penais. O objetivo é evitar o estigma de "presidiário" a quem cumpre medida socioeducativa. Assim, inviável que uma unidade de atendimento socioeducativa esteja inserida na área de um complexo prisional. A lei deixa a apreciação do "contíguo" ao prudente critério do magistrado. Não há uma especificação exata de distância entre unidade socioeducativa e estabelecimento prisional.

Por fim, levando em conta a proximidade e convivência que o adolescente em medida de privação de liberdade terá com seus dirigentes, há requisitos específicos para ocupar o cargo, de acordo com o artigo 17. São eles: formação de nível superior compatível com a natureza da função; comprovada experiência no trabalho com adolescentes de, no mínimo, 2 anos; reputação ilibada.

CAPÍTULO 4 – DA EFETIVIDADE DO ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

De nada adianta criar um complexo sistema de socioeducação e não dar a ele meios para funcionar e melhorar a vida social.

Por isso, entre os artigos 18 e 34 foram estipuladas regras que buscam dar concretude ao sistema, seja disciplinando seu financiamento, seja tratando de sua avaliação e acompanhamento e, por fim, cuidando da responsabilização dos gestores, operadores e das entidades de atendimento.

Vejamos as disposições mais relevantes sobre o assunto.

1. **Do financiamento e da avaliação e acompanhamento do atendimento socioeducativo:**

A lei do SINASE regulou o financiamento do sistema a partir do artigo 30. Entendemos que seria mais adequado tratar antes do financiamento e depois das obrigações. Isso porque a existência de dinheiro é pressuposto lógico para efetivar qualquer direito. Nada é gratuito! Não adianta conceber uma lei detalhada e bem redigida se não há verba para concretizá-la.

O artigo 30 afirma que o SINASE será cofinanciado com recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social, *além de outras fontes*. Exemplo de "outra fonte" de financiamento é o percentual dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, nas três esferas de governo (art. 31).

Porém, não basta ter dinheiro. É preciso avaliar e acompanhar o que está sendo feito com a verba.

Nesse sentido, a partir do artigo 18 está disciplinada a avaliação periódica da implementação dos Planos de Atendimento Socioeducativo. O artigo 19, por sua vez, institui o Sistema Nacional de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo que objetiva: a) contribuir para a organização da rede de atendimento socioeducativo; b) assegurar conhecimento rigoroso sobre as ações do atendimento socioeducativo e seus resultados; c) promover a melhora da qualidade da gestão e do atendimento socioeducativo; d) disponibilizar informações sobre o atendimento socioeducativo.

Sobre a participação nas avaliações periódicas, já nos manifestamos da seguinte forma: *"de acordo com o artigo 18, § 2° da lei, o processo de avaliação deverá contar com a participação de representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Conselhos Tutelares, na forma a ser definida em regulamento. Lado outro, de forma incongruente, a lei determina que o relatório de avaliação deverá ser encaminhado aos respectivos Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares e Ministério Público (artigo 19, § 3°). Entendemos que o Judiciário e a Defensoria também deveriam receber esse relatório até em função de participarem do processo de avaliação."*[475]

2. **Da responsabilização dos gestores, operadores e entidades de atendimento:**

No item anterior foi estudado o financiamento e avaliação do sistema socioeducativo. Nesse item, o estudo é da responsabilização daqueles que desrespeitam, mesmo parcialmente, ou não cumprem as diretrizes e determinações da lei do SINASE. Isso vem previsto nos artigos 28 e 29 da Lei. 12.594/12.

Os operadores, gestores e entidades governamentais ficam sujeitos às penalidades do inciso I e § 1° do artigo 97 do ECA. Já as entidades não governamentais, seus gestores, operadores e prepostos, se sujeitam às medidas previstas no inciso II e no § 1° do artigo 97 do ECA.

Ponto digno de nota é o artigo 29 da lei do SINASE que deixa estampada a possibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa àqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram, sob qualquer forma, direta ou indiretamente, para o não cumprimento da Lei 12.594/12.

Importante citar doutrina de referência, que trata do assunto nos seguintes termos: "O fato de o art. 29 da Lei n. 12.594/2012 estar direcionado à disciplina da situação jurídica de *terceiros* em nada altera a essência do microssistema sancionador instituído pela Lei n. 8.429/1992. Portanto, continua a ser imprescindível, para a incidência deste último diploma normativo, que o ato de improbidade seja praticado por um agente público. Outro ponto digno de nota é que o art. 29 dispõe que o terceiro estará sujeito às sanções cominadas aos atos de improbidade quando induzir ou concorrer para o não cumprimento da Lei n. 12.594/2012. Isso, obviamente, não afasta a incidência do art.

---

[475] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 76/77.

3° da Lei n. 8.429/1992 quando o terceiro *beneficiar-se* do proveito patrimonial obtido pelo agente público. Afinal, esse benefício pode figurar como desdobramento do não cumprimento da lei."[476]

---

[476] GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 614.

TÍTULO 2 – DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS ......

CAPÍTULO 1 – DOS PRINCÍPIOS

O artigo 35 da lei do SINASE nos traz os princípios que regem a execução das medidas socioeducativas. Vamos a eles:

Legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto: em nosso sentir, a lei não foi bem ao colocar no mesmo inciso a "legalidade" e, como se fosse uma explicação, "não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto".

Na verdade, temos dois princípios: *a) legalidade; b) vedação ao tratamento mais gravoso, também conhecido como tratamento ao menos igualitário.*

Reiterando o que já dissemos em outra oportunidade, "o princípio da legalidade está previsto inicialmente no artigo 5°, II da CRFB. Quando tratamos de matéria penal devemos ressaltar também o artigo 5°, XXXIX da CRFB e artigo 1° do CP que dizem essencialmente a mesma coisa: *'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'*. Cabe observar que apesar de mencionar as palavras 'crime' e 'pena', os conceitos se aplicam ao ato infracional e medida socioeducativa, vez que esses também possuem caráter aflitivo."[477]

Passando ao princípio da **vedação ao tratamento mais gravoso** reiteramos o afirmado na Parte 1, capítulo 4, item 5 dessa dessa obra, onde sustentamos que se trata de um princípio geral do Direito da Criança e do Adolescente e não só um princípio da execução das medidas socioeducativas.

De acordo com Márcio Pinho, "essa sistemática de não se admitir tratamento mais gravoso que o dispensado ao adulto é alusiva a um verdadeiro novo princípio, definido como o 'princípio da discriminação positiva.'"[478]

Como base internacional a esse princípio, temos o artigo 54 das Diretrizes de RIAD, que afirma o seguinte: *"Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem."*

Coerente com nosso posicionamento no sentido de que estamos diante de um princípio geral do Direito da Criança e do Adolescente, entendemos que a vedação ao tratamento mais gravoso é um limitador que pode ser usado no processo de conhecimento tanto na seara infracional quanto na parte cível.

Como exemplo, remetemos o leitor ao que dissemos acerca da técnica de ampliação de julgamento nos recursos oriundos de apuração de ato infracional com resultado mais

---

[477] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 84.

[478] CARVALHO, Márcio Pinho de. Op. Cit. pág. 36.

gravoso ao adolescente.[479]

No mais, reiteramos o que já foi exposto na parte inicial desse livro acerca do princípio em comento (Parte 1, Capítulo 4, item 5).

Excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos: o princípio reconhece que a intervenção estatal na vida de um adolescente é algo muito invasivo. Assim, tal intervenção só pode ocorrer de forma excepcional. Se for possível, é melhor buscar a autocomposição.

Sobre o assunto, o professor Guilherme de Souza Nucci traz importante reflexão nos seguintes termos:

> *"Conhece-se o subprincípio da excepcionalidade, inserido no contexto da proteção integral, voltado ao jovem infrator, cujo objetivo é garantir a aplicação de medida privativa de liberdade como ultima ratio (última opção). Porém, em sede de execução de medida socioeducativa, torna-se um tanto confuso afirmar que se deve favorecer os meios de autocomposição de conflitos. Afinal, a medida socioeducativa já foi aplicada na decisão judicial, com trânsito em julgado; cuida-se, agora, de executá-la. Ilustrando, tratando-se de uma internação, como privilegiar a autocomposição? Significaria aproximar o infrator com a vítima, pretendendo a composição entre ambos, eliminando-se o conflito? Não nos parece seja o caminho. Portanto, o princípio criado neste inciso deve voltar-se à ideia de que, durante a execução de medidas socioeducativas, compatíveis com essa diretriz, deve-se incentivar a solução pacificadora de conflitos, como, por exemplo, impulsionando o adolescente a reparar o dano causado – desde que seja a medida aplicada."*[480]

Proporcionalidade em relação à ofensa cometida: a proporcionalidade é princípio que já deve ser considerado na fixação da medida socioeducativa, ou seja, sua aplicação inicia no processo de conhecimento.

Na execução, o princípio da proporcionalidade é importante para a reavaliação da medida, quando o magistrado – considerando o caráter sancionatório e pedagógico da medida socioeducativa (artigo 1°, § 2°) – decidirá pela manutenção, substituição para outra mais branda ou mesmo a extinção da medida aplicada.

Nas regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça da infância e da juventude (regras de Beijing), há referência expressa à proporcionalidade, vejamos: item 5.1. *O sistema da Justiça de menores deve dar a maior importância ao bem-estar destes e assegurar que qualquer decisão em relação aos delinquentes juvenis seja sempre* ***proporcional*** *às circunstâncias especiais tanto dos delinquentes como do delito. Item 17.1 A decisão de qualquer autoridade competente deve basear-se nos seguintes princípios: a) A decisão deve ser sempre* ***proporcional*** *não só às circunstâncias e gravidade da infração, mas também às circunstâncias e necessidades do jovem delinquente, assim como às necessidades da sociedade.*

Brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei no 8.069 (ECA): o professor Mário Ramidoff aborda o assunto

---

[479] Vide STJ-REsp 1694248/RJ, 6ª Turma, que foi analisado na Parte 2, Título 6, capítulo 11, item 6, dessa obra.

[480] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 838.

nos seguintes termos: "*A partir do advento da nova figura legislativa (SINASE), entende-se que todas as medidas socioeducativas contempladas na nova figura legislativa – prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, programa (regime) de semiliberdade e internação – também deverão ser orientadas pelo princípio da brevidade (inciso V do art. 35 da Lei n. 12.594/2012)*" Prossegue o autor: "*a brevidade deve sempre orientar a intervenção estatal sociopedagógica para que não se prolongue no tempo, que não seja suficientemente necessário para a inclusão social do adolescente em conflito com a lei, proporcionando-lhe acessos diferenciados para sua emancipação subjetiva, isto é, para a melhoria da sua qualidade de vida individual e coletiva.*"[481]

Vale observar que o artigo 227, § 3°, V da CRFB confere aspectos da proteção especial dada aos adolescentes e determina a "obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade." Por medida "privativa de liberdade" deve ser compreendida a internação e semiliberdade. Logo, a lei do SINASE realmente inovou no ordenamento jurídico ao ampliar esse princípio às medidas de meio aberto.

Individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente: a lei não usou a expressão individualização "da pena" para evitar trazer carga penal à medida socioeducativa. Todavia, como já exposto inúmeras vezes nesse livro, não há dúvida que a MSE possui carga sancionatória. Nessa linha, o princípio da individualização possui base no artigo 5°, XLVI da CRFB que trata da individualização da pena, mas que, a nosso sentir, deve ser ampliado para reconhecer a individualização da medida socioeducativa.

Como assentamos em outra oportunidade, "esse princípio toma maiores dimensões quando sua aplicação ocorre em jovens, pois esses estão passando por uma fase de vida de intensa mutação. A adolescência significa para muitos a descoberta e a busca por desafios. Tudo se transforma muito rápido, incluindo aí o corpo e o pensamento. Dessa forma, os jovens estão sujeitos a maiores variações de personalidade durante essa fase da vida, o que torna a tarefa de individualizar a MSE um imperativo humano. Os relatórios da equipe técnica e o plano individual de atendimento possuem papel de suma importância no atendimento da individualização da MSE (artigo 42, § 1° e 53 e seguintes da lei, respectivamente)."[482]

Mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida: trata-se de princípio que visa evitar ao máximo a intervenção estatal na vida do adolescente. Só quando estritamente necessário é que será possível manter a medida socioeducativa.

No item 1.3 das Regras de Beijing vemos a seguinte disposição: "*É necessário tomar medidas positivas que assegurem a mobilização completa de todos os recursos existentes incluindo a família, os voluntários e os outros grupos comunitários, assim como as escolas e outras insti-*

---

[481] RAMIDOFF, Mário Luiz. SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Op. cit. pág 81.

[482] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 90.

tuições comunitárias, com o fim de promover o bem-estar do menor ***e reduzir a necessidade de intervenção da lei*** *e tratar de forma eficaz, equitativa e humanitária o jovem em conflito com a lei."*

Não discriminação do adolescente, notadamente em razão da etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status: trata-se de princípio que visa respeitar a personalidade de cada adolescente. Com base nesse princípio pode ser contestado o corte de cabelos compulsório em entidade de atendimento socioeducativo.

Com efeito, quando se busca deixar os adolescentes com características idênticas (cabelo raspado, uniforme específico), o que se atinge em essência é a própria personalidade do indivíduo que vem expressa na sua imagem (a forma como a pessoa quer ser vista por si e pelos outros). Assim, não nos parece adequado raspar de forma obrigatória o cabelo de adolescentes com o objetivo de evitar a proliferação de parasitas. No conflito de interesses, deve prevalecer o que resguarda a escolha e personalidade do adolescente.

Fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo: a participação da família no processo socioeducativo é evidente em diversos trechos do ECA e da lei do SINASE. É o reconhecimento que a presença da família e pessoas com quem o adolescente convive é fator de suma relevância na socioeducação. É "justamente com base nesse objetivo que o ECA, no artigo 184, § 1°, prevê a cientificação dos pais sobre o teor da representação, bem como sua notificação para comparecimento à audiência. Também se vê exemplo prático desse princípio nos artigos 42; 49, I e 52, parágrafo único do SINASE que preveem a participação dos pais, respectivamente, na reavaliação da MSE, nas fases do procedimento administrativo e judicial daqueles que cumprem medida socioeducativa e no Plano Individual de Atendimento."[483]

CAPÍTULO 2 – DOS PROCEDIMENTOS

1 - Disposições gerais:

A competência para jurisdicionar a execução de medidas socioeducativas segue o artigo 146 do ECA.[484] Há inegável caráter jurisdicional no processo de execução de medida socioeducativa.

No que tange à competência territorial, remetemos o leitor aos comentários que fizemos ao artigo 147, § 2° do ECA. [485]

O procedimento de execução de medida socioeducativa observa o princípio do contraditório, como vemos no artigo 37 que estatui, sob pena de nulidade, a intervenção da defesa e do Ministério Público. No mesmo sentido ocorre quando da juntada aos autos do plano individual de atendimento, caso em que poderá ser requerida a homologação, complementação ou haverá impugnação (artigo 41 e parágrafos).

---

[483] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 91.

[484] Art. 36 da lei do SINASE.

[485] Segunda Parte do livro, Título 6 da parte especial, capítulo 2, item 2.3.

Algumas medidas são executadas nos próprios autos do processo de conhecimento, são elas: medidas de proteção, advertência e reparação do dano, desde que tenham sido aplicadas de forma isolada. Já para as medidas de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação, serão constituídos autos próprios para cada adolescente. Assim, mesmo que os adolescentes tenham respondido pela prática de ato infracional em concurso de pessoas, no momento da execução cada um terá processo com numeração própria.

Para melhor fixar a matéria temos o seguinte:

EXECUÇÃO NOS MESMOS AUTOS DO PROCESSO DE CONHECIMENTO	EXECUÇÃO EM AUTOS PRÓPRIOS
Medidas de proteção, aplicadas isoladamente	**Prestação de serviços à comunidade**
Advertência, aplicada isoladamente	**Liberdade assistida**
Obrigação de reparar o dano, aplicada isoladamente	**Semiliberdade**
xxxxxxxxxxxxxxxx	**Internação**

Importante disposição é a contida no artigo 40 da lei. De acordo com o dispositivo, "autuadas as peças, a autoridade judiciária encaminhará, imediatamente, cópia integral do expediente ao órgão gestor do atendimento socioeducativo, solicitando designação do programa ou da unidade de cumprimento da medida." O que a lei busca com isso é deixar claro que o gestor da vaga é quem desenvolve o programa socioeducativo e não o Judiciário. Logo, cabe ao Judiciário determinar o cumprimento de determinada medida socioeducativa (internação, por exemplo) e cabe ao gestor da vaga decidir em qual local isso vai ocorrer.

2 - Da reavaliação:

Os artigos 42 e 43 da lei do SINASE cuidam da reavaliação da medida socioeducativa. Reavaliar, como o próprio nome já diz, é avaliar novamente. Trata-se de uma nova análise da necessidade de manutenção, substituição ou extinção da medida socioeducativa. A reavaliação busca aferir os progressos do adolescente na socioeducação.

O artigo 42 afirma que as medidas socioeducativas de liberdade assistida, semiliberdade e internação deverão ser reavaliadas em, **no máximo**, 6 meses. Para as outras medidas socioeducativas não faz sentido reavaliar. Com efeito, a advertência é uma medida instantânea; já a obrigação de reparar o dano é medida que deve ser cumprida integralmente ou, do contrário, já estará descumprida (pouco adianta reparar parcialmente o dano); por fim, a prestação de serviços à comunidade é fixada por prazo certo, de forma que apenas se afere o cumprimento da determinação judicial.

No prazo máximo de 6 meses para reavaliação deve ser considerado o tempo de internação provisória. Deveras, se o adolescente ficou internado provisoriamente por um mês e depois recebeu a medida socioeducativa de internação, a reavaliação deverá ocorrer após 5 meses da sentença.

Situação curiosa ocorre com a liberdade assistida, pois o artigo 118, § 2° do ECA prevê que sua duração mínima será de 6 meses, ao passo que o artigo 42 do SINASE estipula sua reavaliação no prazo máximo de 6 meses. Portanto, para a liberdade assistida, a primeira reavaliação será necessariamente no dia exato em que se completam 6 meses de cumprimento da medida.[486]

Com exceção da primeira reavaliação da liberdade assistida, as demais medidas podem ser reavaliadas em prazo inferior a 6 meses, como deixa claro o artigo 43 do SINASE ao permitir que a direção do programa de atendimento, defensor, Ministério Público, adolescente ou seus pais/responsável peçam a nova avaliação. Isso pode ocorrer, por exemplo, em casos de adolescente com notório progresso na socioeducação e que mereça abreviar seu tempo na medida privativa de liberdade. Também pode ser exemplo o caso de adolescente que se tornou pai e com isso adquiriu maturidade e precisa trabalhar para sustentar o filho. As hipóteses são várias e devem ser analisadas caso a caso com o auxílio da equipe técnica.

Questão: o que fazer caso o prazo de reavaliação seja ultrapassado?

Na hipótese de adolescente cumprindo MSE há mais de 6 meses sem ser reavaliado, cabível a impetração de *habeas corpus* para remediar a coação ilegal. Afinal, é direito do adolescente ser reavaliado a cada 6 meses, no máximo. Enquanto a reavaliação não ocorre, nos parece que o melhor caminho é suspender o cumprimento da medida socioeducativa, com a imediata liberação do adolescente até que a decisão de reavaliação seja proferida.

Questão: caso o adolescente evada do cumprimento de medida socioeducativa, o prazo de reavaliação é interrompido ou suspenso?

Pensemos na hipótese em que o adolescente cumpriu 3 meses de medida socioeducativa de internação e evadiu da unidade. Se entendermos que o prazo de reavaliação se interrompe com a evasão, quando houver a recaptura, o adolescente deverá cumprir mais 6 meses para a reavaliação. Se estivermos diante de suspensão, o adolescente cumprirá, no máximo, os 3 meses restantes para a reavaliação. Qual é o caminho adequado a seguir?

Não temos dúvida em afirmar que a evasão gera a suspensão do prazo para reavaliação e não a interrupção. Com efeito, "entender que o prazo é interrompido pela evasão acaba por desconsiderar todo o progresso que o adolescente obteve durante o cumprimento da medida. Além disso, levaria a situações absurdas, como o exemplo em que o socioeducando evade por diversas vezes de entidade que desenvolve programa de internação e acaba por cumprir todo o prazo de 3 anos previsto no artigo 121, § 3° do ECA sem nunca ter sido reavaliado, pois a cada fuga o prazo retornaria ao seu início."[487]

É claro que a evasão será considerada pelo juízo para eventual manutenção da medida que o adolescente está a cumprir. O que se sustenta é que o socioeducando tem direito de ser reavaliado no máximo em 6 meses, mesmo em caso de evasão. A decisão a ser dada dependerá, como sempre, das peculiaridades do caso concreto.

Questão: aplica-se na execução de medidas socioeducativas a súmula 491 do STJ?

---

486 Entendemos que se a data cair em dia sem expediente forense, a reavaliação deve ser adiantada por ser esse procedimento mais benéfico ao adolescente.

487 SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE - Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 101.

De acordo com o verbete 491 do STJ "é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional".

A progressão *per saltum* ocorreria na hipótese de preso cumprindo pena no regime fechado ser progredido diretamente para o aberto, ou seja, ela "salta" o regime semiaberto.

Quando estamos diante da execução penal, faz sentido entender inviável a progressão *per saltum* porque o sistema da execução penal é o progressivo. Ocorre que na execução da medida socioeducativa o sistema visa aferir o mérito e evolução do adolescente no cumprimento da MSE. O que se busca é atender aos objetivos traçados no artigo 1°, § 2° da lei do SINASE. Exatamente por isso que o artigo 42, § 2° afirma que a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave.

Portanto, mesmo que o adolescente esteja internado por ter cometido um ato grave, se houver enorme progresso na sua socioeducação, é possível que haja a substituição da medida de internação por liberdade assistida (sem passar pela semiliberdade) ou mesmo a extinção da MSE, caso o magistrado entenda cumpridos os objetivos da medida.

Em conclusão: a súmula 491 do STJ não se aplica na reavaliação das medidas socioeducativas.

3 - Da substituição por medida mais gravosa:

O artigo 43, § 4° cuida de hipótese de reavaliação que pela importância merece tópico separado. É o caso da substituição da medida por outra mais gravosa. Podemos dar como exemplo o adolescente que cumpre medida de semiliberdade e o juízo entende que deve haver substituição para internação.

Tal dispositivo gera dúvida acerca da possibilidade de substituição mais gravosa fora das hipóteses de internação sanção. Deveras, diz o artigo 43, § 4° que a "substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, *inclusive na hipótese do inciso III do artigo 122 do ECA* (...)".

A nosso ver, quando a lei usa a expressão "inclusive na hipótese..." está a afirmar que a internação sanção[488] é uma das situações de substituição mais gravosa, mas não pode ser considerada a única. Pelo regramento trazido pelo SINASE é possível que haja a substituição mais gravosa "em sentido estrito" ou "internação-substituição". Essa ocorre quando fica claro pelo desenrolar do processo socioeducativo que o adolescente precisa ser colocado em medida mais rígida. Não se confunde com a internação-sanção porque essa decorre do descumprimento injustificado e reiterado da medida anteriormente imposta.

Abordamos rapidamente o assunto quando tratávamos do artigo 113 do ECA[489] e lá mencionamos entendimento do STF no sentido de que a "internação-substituição" não seria cabível porque essa substituição seria aplicável somente às medidas protetivas e não

---

[488] Sobre a internação sanção, remetemos o leitor ao que foi dito na Segunda Parte, Título 3 (parte especial), capítulo 10, item 5.3.

[489] Segunda parte do livro, Título 3 (parte especial), capítulo 4, item 5.

às socioeducativas.[490]

Do ponto de vista doutrinário, temos a posição de Paulo Fuller que sustenta a "ilegalidade da denominada 'internação-substituição', consistente na substituição de medida socioeducativa em meio aberto, aplicada no juízo de mérito da ação socioeducativa (processo de conhecimento), por uma privativa de liberdade com prazo indeterminado (art. 122, I e II, do ECA). Isso porque o descumprimento reiterado e injustificado de uma medida socioeducativa em meio aberto poderia ensejar apenas a internação-sanção (regressão), com prazo máximo de 3 meses (art. 122, III e § 1°, do ECA)."[491]

Os argumentos trazidos não convencem. De fato, em relação ao posicionamento do STF, vemos que os julgados datam de 2005, ou seja, são anteriores à lei do SINASE. Antes do advento da Lei 12.594/12 realmente não se poderia falar em internação-substituição, mas não vemos como manter essa posição após o advento legislativo. Ademais, não há que se falar em desvio de execução porque a decisão que aplica substituição mais gravosa é precedida de contraditório e ampla defesa.

É comum vermos a citação de acórdão do STJ, posterior à lei do SINASE, que vedou a internação-substituição. Trata-se do HC 286.407/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014. Da ementa desse julgado extraímos o seguinte:

> *"(...)Considerando que, na espécie, o adolescente foi representado por ato infracional equiparado ao delito descrito no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006 - praticado sem grave ameaça ou violência à pessoa - e não havia, quando da sentença, notícia de reiteração no cometimento de outras infrações graves, inviável aplicar a regra prevista no art. 113 c/c o art. 99 da Lei n. 8.069/1990, substituindo-se a medida de semiliberdade por internação por prazo indeterminado, sendo possível apenas a regressão fundada no art. 122, III - que se limita ao prazo máximo de 3 (três) meses(...)."*

Entretanto, essa posição do STJ não adentra na essência da questão. Muito pelo contrário, quando aborda o assunto acaba por admitir a internação-substituição, como vemos no inteiro teor do acórdão (grifamos):

> *Importante, aqui, frisar a distinção entre regressão e substituição de medida socioeducativa. A primeira está relacionada ao descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente aplicada, podendo, em situações extremas, acarretar, inclusive, a internação-sanção. Em outras palavras, se o Juiz da Infância e da Juventude aplica ao adolescente medida em meio aberto e, no curso da execução, este a descumpre de forma reiterada e injustificada, poderá ser imposta a semiliberdade ou a internação-sanção pelo prazo máximo de 3 (três) meses.* ***Já a hipótese prevista no art. 113 c/c o art. 99 da Lei n. 8.069/1990, se refere a substituição de medida que venha a se mostrar ineficaz e insuficiente para atingir os fins a que se destina. Assim, demonstrada a necessidade e em se tratando de ato***

[490] STF – HC 85.503 de 21/06/2005 e HC 84.682 de 22/03/2005.

[491] FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., pág. 587.

infracional que se ajuste aos incisos I e II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nada impede a substituição pela medida de internação, que será por prazo indeterminado.

Logo, o STJ, apesar de não citar expressamente a lei do SINASE, admitiu a internação em sentido estrito ou internação-substituição. Apenas colocou uma condição: o ato praticado pelo adolescente cuja internação substituição se pleitea deve estar enquadrado no inciso I ou II do artigo 122 do ECA.

Nessa linha, um adolescente sem antecedentes infracionais que cometeu ato análogo ao crime de furto não poderá ter sua medida substituída para internação porque, pelo ato praticado, não há possibilidade de aplicar essa medida.

De outra banda, se um adolescente cumpre liberdade assistida pelo ato análogo ao crime de roubo e tal MSE se mostra ineficaz e insuficiente para o fim a que se destina, é possível a internação-substituição, pois o ato análogo a roubo se enquadra no inciso I do artigo 122.

Na hipótese de internação-substituição, não existe limitação de 3 meses como ocorre na internação-sanção. É caso de aplicação de nova medida, de forma que o adolescente ficará sujeito à reavaliação – no máximo a cada 6 meses – sendo certo que o tempo máximo de cumprimento é de 3 anos (artigo 121, § 3° do ECA).

Fato é que tanto na hipótese de internação-sanção quanto na hipótese de internação em sentido estrito/internação-substituição, os requisitos formais são: a) fundamentação em parecer técnico; b) prévia audiência.

Por fundamentação em parecer técnico deve se entender aquele emitido pela equipe técnica da entidade de atendimento. Meros resumos ou relatos de fatos praticados pelo adolescente não se prestam a suprir o requisito previsto no artigo 43, § 4°, I do SINASE.

A exigência de "fundamentar" em parecer técnico não é sinônimo de se "vincular" ao parecer técnico. O juízo pode decidir contrariamente às conclusões do parecer técnico tanto na substituição mais gravosa (artigo 43, § 4°, I) quanto na reavaliação prevista no artigo 42, § 1°. O que não pode faltar é a fundamentação que leve em conta o relatório técnico, mesmo que a conclusão da autoridade judiciária seja diversa.[492]

CAPÍTULO 3 – DA UNIFICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

1 - Introdução:

A unificação de medidas socioeducativas é tema dos mais relevantes na lei do SINASE. Antes da regulamentação pelo artigo 45, existiam práticas diferentes de unificar medidas socioeducativas o que definitivamente não é bom para a coerência do sistema.

Vejamos o tema de forma detalhada.

---

[492] No sentido que o juiz não se vincula ao relatório técnico: STJ - HC 462.563/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018.

2 - Momento da unificação:

O artigo 45 da lei do SINASE estabelece o seguinte: *"Se, no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 (três) dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo."*

A leitura legal não dá margem à dúvidas: no momento em que há nova aplicação de MSE quando já existe execução de outra MSE, deverá ser feita a unificação.

Logo, é contrário à lei, suspender a medida que estava sendo cumprida para executar a nova MSE e depois retornar à medida anterior. O artigo 45 determina a unificação das medidas e não cabe deixar uma MSE como "cadastro de reserva" para ser utilizada ao término da outra medida.

Importante esclarecer que o artigo 45 se refere à "sentença" que aplica nova medida. Essa sentença pode ser a que homologa remissão imprópria, ou seja, aquela aplicada em conjunto com medida que não seja semiliberdade ou internação (art. 127 do ECA).

Assim, por exemplo, se o adolescente cumpre medida socioeducativa e sobrevém decisão homologatória de remissão com liberdade assistida, deve haver unificação da medida que já estava sendo cumprida com a nova medida imposta.

3 - Regra geral da unificação na LEP e no SINASE:

A lei de execução penal (lei 7.210/84) possui regra de unificação que, veremos adiante, segue lógica completamente diferente daquela adotada no SINASE.

Com efeito, de acordo com o artigo 111 e seu parágrafo único da LEP temos o seguinte: *"Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou a remição.* ***Parágrafo único****. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime."*

Utilizando um exemplo simples, podemos imaginar o caso de uma pessoa que possui 3 processos criminais, sendo que em cada um deles recebeu a pena de 3 anos. Em todos o regime fixado foi o aberto (na linha do artigo 33 do Código Penal) e não há continuidade delitiva entre os crimes. A unificação resultará na soma dos três processos, chegando a uma pena de 9 anos. A pena de 9 anos, com base no artigo 33 do CP, deve ser iniciada em regime fechado.

Portanto, dessa unificação de três penas em regime aberto, resultou uma pena em regime fechado.

No SINASE a lógica não é essa. Não há um cálculo meramente aritmético para chegar à MSE resultante da unificação. Duas sentenças aplicando semiliberdade não resultam em uma medida de internação. Três ou mais sentenças aplicando liberdade assistida não resultam em semiliberdade.

Para a unificação de medidas socioeducativas devemos compreender que há níveis

de intensidade e gravidade das medidas (artigo 42, § 3° do SINASE)[493]. A medida de internação é a mais grave de todas, seguida da medida de semiliberdade (ambas são medidas que privam a liberdade). As demais possuem o mesmo grau de gravidade – são as chamadas medidas de meio aberto.

Nesse sentido, as medidas de meio aberto, por possuírem o mesmo grau de gravidade podem ser cumuladas. Isso se extrai do artigo 113 do ECA que manda aplicar às medidas socioeducativas o disposto no artigo 99, sendo certo que nesse há previsão de cumulação de medidas. Assim, por serem medidas compatíveis entre si, a unificação poderá se dar de forma cumulada.

Exemplos:

1. sentença que aplica liberdade assistida a ser unificada com sentença que aplica prestação de serviços à comunidade resulta em **liberdade assistida c/c prestação de serviços à comunidade**.
2. sentença que aplica liberdade assistida a ser unificada com sentença que aplica outra liberdade assistida, resulta em **liberdade assistida**.
3. Sentença que aplica prestação de serviços à comunidade a ser unificada com sentença que aplica outra prestação de serviços à comunidade e com outra sentença que aplica liberdade assistida (três sentenças, portanto) resulta em liberdade assistida c/c prestação de serviços à comunidade.

Seguindo essa linha temos o enunciado 18 do FONAJUV[494]: *Na unificação, as medidas em meio aberto, idênticas ou distintas, mas compatíveis entre si, serão cumpridas simultaneamente.*

Essa possibilidade de executar as medidas conjuntamente não ocorre quando estamos diante de MSEs com diferentes graus de gravidade. Logo, não é viável executar, ao mesmo tempo, semiliberdade e internação. Também não é viável executar, simultaneamente, semiliberdade e liberdade assistida. Nesses casos, o caminho é absorver a medida menos grave e executar somente a medida mais grave.

Exemplo:

1. sentença que aplica semiliberdade a ser unificada com sentença que aplica liberdade assistida c/c prestação de serviços à comunidade resulta em **semiliberdade**.
2. sentença que aplica internação a ser unificada com sentença que aplica semiliberdade resulta em **internação**.
3. Sentença que aplica internação a ser unificada com sentença que aplica semiliberdade e com outra sentença que aplica prestação de serviços à comunidade (três sentenças, portanto) resulta em **internação**.

Como se vê acima, a sentença que aplicou a medida mais grave absorverá as outras medidas aplicadas.

---

[493] Para análise profunda do tema recomenda-se o artigo do professor Flávio Américo Frasseto intitulado "Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas".

[494] Fórum Nacional de Justiça Juvenil.

Nesse sentido, vejamos o enunciado 19 do FONAJUV: *A medida de internação absorve as medidas anteriormente aplicadas, mas não isenta o adolescente de responder por outros atos infracionais praticados durante a execução.*

Cabe uma observação: quando ocorre a unificação a socioeducação toma um novo caminho e não há necessidade de percorrer as medidas aplicadas nas sentenças individualmente consideradas. Assim, a unificação de uma internação com semiliberdade resulta em internação, mas isso não quer dizer que após cumprir a internação o adolescente deverá passar pela semiliberdade. A depender do caso concreto e da evolução socioeducativa, o adolescente pode ir direto para medida de meio aberto ou mesmo ver extinta a internação sem nada mais ter a cumprir. Lembremos: essa unificação é por absorção e não por cumulação.

Finalizando esse tópico: medidas idênticas unificam na mesma medida. Exemplos: a unificação de 3 sentenças de semiliberdade resultará em **semiliberdade**. A unificação de 5 sentenças de liberdade assistida resultará em **liberdade assistida**.

4 - Regras específicas sobre a unificação no SINASE:

Vista a regra geral da unificação, devemos analisar as regras específicas que estão dispostas nos § § 1° e 2°do artigo 45.

O § 1° estipula um marco temporal para definir se a unificação será mais gravosa ou menos gravosa ao adolescente. O marco temporal é o início da execução da medida anterior. Explica-se: se o ato infracional a ser unificado foi praticado após o início da execução de outra medida socioeducativa, fica claro que o adolescente não está progredindo na socioeducação. Assim, o resultado da unificação é mais gravoso. Lado outro, se o ato infracional a ser unificado foi praticado antes do início da execução da medida socioeducativa que se cumpre, o adolescente terá unificação menos gravosa.

De fato, se o ato infracional praticado for anterior, a autoridade judiciária não poderá determinar reinício de cumprimento de medida socioeducativa, não poderá deixar de considerar os prazos máximos e de liberação compulsória.

Já abordamos esse assunto em outra obra e assim resumimos:

Vedação de reinício de cumprimento de medida socioeducativa: *tal preceito quer dizer que a segunda MSE não acarretará no reinício do cumprimento da nova medida. Logo, um jovem que cumpre MSE de prestação de serviços à comunidade, que possui prazo máximo de 6 meses de acordo com o artigo 117 do ECA, não terá seu prazo reiniciado. Logo, a PSC será cumprida pelo prazo que resta para completar os 6 meses.* ***Inviabilidade de desconsiderar os prazos máximos e de liberação compulsória previstos no ECA:*** *um exemplo elucida o caso. O artigo 121, § 3° do ECA prevê prazo máximo de 3 anos para a MSE de internação. A lei não permite que o jovem, na hipótese em tela, cumpra tempo maior que esse, mesmo que ao segundo ato infracional também tenha sido aplicada a MSE de internação. Deverá haver a liberação compulsória, colocação em regime de semiliberdade ou liberdade assistida (artigo 121, § 4° do ECA).*[495]

Todavia, pode ocorrer do segundo ato infracional ter sido cometido durante a

---

[495] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE - Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 114.

execução de uma medida socioeducativa. Basta pensar no adolescente que cumpre medida de internação e, dentro da unidade, comete ato análogo a homicídio contra outro socioeducando. Fica claro nessa hipótese que a socioeducação não está dando certo, razão pela qual o Estado tem o dever-poder de ser mais rigoroso para atingir os objetivos das medidas socioeducativas.

Resumimos essa unificação da seguinte forma:

*"**É possível o reinício de cumprimento de medida socioeducativa**: isso quer dizer que o jovem que cumpria, por exemplo, prestação de serviços à comunidade há 4 meses, poderá ter esse prazo reiniciado por nova MSE dessa natureza. Logo, a despeito do artigo 117 do ECA, o jovem poderá cumprir mais 6 meses de PSC, o que resultará em 10 meses de PSC no total;*

***Os prazos máximos de cumprimento de MSE podem ser extrapolados**: um exemplo pode elucidar bem o caso. O artigo 121, § 3° do ECA prevê prazo máximo de 3 anos para a internação. Entretanto, cometido ato infracional após o início da execução de MSE, esse prazo pode ultrapassar 3 anos. Em relação ao prazo máximo, igual raciocínio é aplicado na MSE de prestação de serviços à comunidade que prevê prazo máximo de 6 meses (artigo 117 do ECA). Por óbvio, isso só ocorre porque foi praticado mais de um ato infracional.*

***Viabilidade de desconsiderar o prazo de liberação compulsória**: mais uma vez o exemplo da internação se faz necessário, vez que o artigo 121, § 4° do ECA prevê a liberação compulsória quando atingido o prazo máximo de 3 anos de internação. Até mesmo como consequência do item anterior, essa liberação não será mais compulsória. Isso leva à conclusão que é possível o cumprimento de 4 anos de internação, ou até mais do que isso. Aqui cabe fazer uma observação: não nos parece que a liberação compulsória do artigo 121, § 5° do ECA (aos 21 anos) seja afetada por essa norma. Isso porque tal norma prevê uma liberação em razão da idade e não pelo tempo de MSE cumprido, sendo certo que a unificação se procede entre MSEs. Portanto, ante a diferença entre os casos, concluímos que a norma do artigo 121, § 5° do ECA não é afetada pelo artigo 45, § 1°do SINASE, devendo haver liberação compulsória aos 21 anos a todos que cumprem medida socioeducativa, independente da quantidade de atos infracionais praticados.*[496]

Passando ao artigo 45, § 2°, temos a seguinte redação: *"É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema."*

Tal dispositivo é de suma relevância e reconhece que o processo socioeducativo deve evitar retornos a etapas anteriores. O adolescente, pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, deve perceber que buscando evoluir do ponto de vista sociopedagógico terá sua medida extinta.

Questão: o § 2° do artigo ao tratar do marco temporal se refere a atos infracionais praticados "anteriormente" ao passo que o § 1° é mais específico ao definir o início da execução como marco temporal para aferir se a unificação será mais gravosa ou menos gravosa. Diante disso, qual o sentido do "anteriormente" exposto no artigo 45, § 2°?

---

[496] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 115.

Essa questão chegou ao STJ que decidiu da seguinte forma: "*O termo "anteriormente" contido no § 2.º do art. 45 da Lei n.º 12.594/2012 refere-se ao início da execução, não à data da prática do ato infracional que originou a medida extrema primeiramente imposta*".[497]

Portanto, o "anteriormente" deve ser entendido como "anteriormente ao início da execução".

Seguindo a mesma lógica de evolução socioeducativa, se o adolescente praticou um ato antes do início da execução, a unificação será menos grave, ao passo que o ato praticado após o início da execução leva a uma unificação mais gravosa por demonstrar que a socioeducação não está surtindo o resultado desejado.

Logo, se um adolescente estava cumprindo medida de internação e houve substituição por semiliberdade, não poderá voltar a cumprir internação caso sobrevenha ao processo nova sentença que, por ato anterior, aplicou medida de internação. O mesmo raciocínio se aplica se o adolescente já cumpriu os 3 anos da MSE de internação: nova sentença, por ato anterior ao início da execução, não poderá levá-lo a cumprir internação novamente.

Com leitura em sentido contrário, se a sentença se refere a ato praticado após o início da execução, é possível aplicar nova medida de internação mesmo que já tenha cumprido integralmente a medida anteriormente ou tenha ocorrido a substituição da medida por outra menos gravosa.

Questão: se o adolescente estava cumprindo medida socioeducativa de internação e essa foi substituída para semiliberdade. Após isso, é instaurado procedimento para apuração de ato infracional por ato anterior ao início da execução da primeira medida. O que deve ser feito com o processo de conhecimento? Deve ocorrer a extinção por falta de interesse de agir?

O caso acima retrata hipótese em que o adolescente não poderá cumprir medida de internação porque está incluído na regra do artigo 45, § 2° do SINASE. Entretanto, de acordo com o STJ, mesmo sem possibilidade de cumprir nova MSE de internação, o processo de conhecimento não deve ser extinto. Vejamos:

> *"Dispõe o § 2° do art. 45 da Lei n. 12.594/12 que "é vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.".*
>
> *2. O referido artigo não respalda a extinção do processo sem resolução do mérito, até porque, além da previsão contida no art. 5°, XXXV, da CF "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", o conhecimento da vida pregressa do adolescente é fundamental para orientar o estabelecimento de futuras medidas socioeducativas, caso sejam cometidos novos atos infracionais, tendo em vista inclusive o art. 122, II, do ECA."*[498]

---

[497] STJ - HC 274.565/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015.

[498] STJ - HC 386.304/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017.

Há também entendimento no sentido de que o artigo 45, § 2° da lei do SINASE merece interpretação restritiva de forma que não caberia a aplicação de internação, mas seria possível aplicar outra medida, como a semiliberdade. Assim, haveria interesse no prosseguimento do processo de conhecimento.

Em todo caso, estamos convictos que ao menos uma restrição existe ao juízo do processo de conhecimento que se depara com a situação em estudo: é inviável decretar a internação provisória. Precisamos ser coerentes com nosso posicionamento no sentido de que a internação provisória deve ter proporcionalidade com a internação definitiva. Logo, se é inviável executar a internação definitiva ao final do processo, não há razão para manter o adolescente internado provisoriamente.

CAPÍTULO 4 – DA EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA, MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO E SANÇÃO DISCIPLINAR DE ISOLAMENTO

1 - Causas de extinção da medida socioeducativa:

A socioeducação possui objetivos definidos no multicitado artigo 1°, § 2° da lei do SINASE. Cumpridos esses objetivos, deve a medida socioeducativa ser extinta.

Todavia, o artigo 46 da lei fez previsão de outras formas de extinção das medidas socioeducativas.

O artigo 46, I traz a morte como causa de extinção da MSE a exemplo do que acontece com os adultos, no artigo 107, I do CP – forma de extinção da punibilidade.

O inciso II é o término desejado da MSE, qual seja: pela realização de sua finalidade, tanto sancionatória quanto pedagógica. É claro que cabe ao juízo aferir se considera suficiente a socioeducação aplicada ao adolescente. Como forma de dar sustento à decisão do magistrado, os relatórios das equipes técnicas são ferramentas essenciais, apesar de não vincularem a decisão judicial.

O inciso III traz hipótese bem interessante que é a extinção da medida pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva.

Ao contrário do inciso II, no inciso III vemos que a socioeducação não deu certo. A prova maior é a prática de um crime após alcançar a maioridade. Lembremos que um adulto pode estar cumprindo MSE, já que essa pode ser aplicada até os 21 anos. Infelizmente é comum vermos crimes dentro de unidades socioeducativas praticados por pessoas que já são maiores de idade.

O inciso em comento traz hipótese de extinção obrigatória da MSE. Para isso, há requisitos: aplicação de pena privativa de liberdade, em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva.

A execução provisória é aquela que ocorre após a sentença condenatória e antes do trânsito em julgado. É comum que o réu preso preventivamente durante o processo seja mantido preso caso queira recorrer. Nesse caso, é expedida guia de execução provisória, também chamada de carta de sentença provisória, e o acusado pode ter seu regime prisional progredido, mesmo antes do trânsito em julgado.

Necessário comparar o inciso III com o § 1°. Nesse último é dito que se o maior de 18 anos responder a processo crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente.

No § 1° a extinção da MSE não é obrigatória. O juízo vai avaliar no caso concreto se deve extinguir a medida ou não. Nesse parágrafo não há necessidade de condenação; basta que o agora adulto responda a processo criminal.

De acordo com Nucci, "esta é uma alternativa para extinguir a medida socioeducativa, que, segundo este dispositivo, constitui faculdade do juiz. Porém, é sensata a extinção da execução socioeducativa na maior parte dos casos em que o adolescente, completando a maioridade, pratica crime e por ele responde. De que adianta prosseguir no processo de educação e integração sociofamiliar se o mal maior já foi cometido, que é o delito? Pensamos ser caso de extinção. Excepcionalmente, caso o adolescente esteja internado por fato grave (homicídio, latrocínio, estupro), sem atingir o teto de três anos, o simples fato de responder, aos 18 anos, por um caso de furto, não autoriza a extinção da internação, que, na prática, é mais eficaz tanto para ele como para a sociedade."[499]

Resumindo a diferença entre o artigo 46, III e seu § 1°, temos o seguinte:

EXTINÇÃO OBRIGATÓRIA DA MSE – ARTIGO 46, III	EXTINÇÃO FACULTATIVA DA MSE – ARTIGO 46, § 1°
Aplicação de **pena privativa de liberdade**, em regime **fechado** ou **semiaberto**, em execução **provisória** ou **definitiva**.	Maior de 18 anos em cumprimento de medida socioeducativa **responde a processo-crime**.

Cabe uma observação importante sobre o inciso III e o § 1° do artigo 46. Quando o adulto comete um crime e é decretada sua prisão preventiva, ele sai da unidade socioeducativa e vai para unidade prisional. Caso haja absolvição no processo criminal, o tempo de prisão cautelar não convertida em pena privativa de liberdade deve ser descontado do prazo de cumprimento da medida socioeducativa (artigo 46, § 2°). É uma interessante hipótese de detração de pena com medida socioeducativa.

Logo, se um adolescente cumpria MSE de internação há 2 anos e 6 meses e, dentro da unidade, após atingir a maioridade, comete crime, haverá transferência para o sistema prisional. Caso responda preso preventivamente por 6 meses e a sentença o absolva, não poderá voltar a cumprir a internação porque entre MSE e prisão preventiva já haverá o transcurso de 3 anos, que é o limite máximo da internação (artigo 121, § 3° do ECA).

O inciso IV traz a hipótese de extinção da medida socioeducativa, em caso de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida. Os requisitos são cumulativos. Não basta a doença grave. A doença grave deve tornar o adolescente incapaz de cumprir a medida.

Nada impede que o juízo suspenda a execução da medida até se pronunciar em definitivo acerca da condição de doença grave que impeça o cumprimento da MSE. De fato, muitas doenças possuem difícil diagnóstico. Os sintomas surgem, mas a conclusão

---

[499] NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. pág. 854/855.

demora a ser dada. Nessas hipóteses, é prudente que o magistrado suspenda a execução da MSE, se valendo do artigo 64, § 4° da lei (que trata de transtorno mental ou dependência de álcool ou drogas, mas pode ser invocado por analogia) e libere o adolescente para tratamento. Após isso, devem ser marcadas novas avaliações para verificar se o adolescente tem condições de cumprir a MSE ou se essa deve ser extinta.

2 - Do mandado de busca e apreensão:

É comum que o adolescente não compareça para iniciar o cumprimento da medida socioeducativa. Nesse caso, deve o juízo aferir se o adolescente não foi localizado ou se, apesar de localizado e notificado, mesmo assim deixou de comparecer.

Na primeira hipótese, adolescente não localizado, incide o artigo 184, § 3° do ECA que é perfeitamente aplicável na fase de execução. A hipótese é de expedição de mandado de busca e apreensão.

Na segunda hipótese, adolescente localizado que não comparece, incide o artigo 187 do ECA, que determina a condução coercitiva.

A diferença prática entre mandado de busca e apreensão e condução coercitiva salta aos olhos.

Com efeito, quando é expedido MBA, o adolescente é capturado e levado a uma entidade de atendimento até ser encaminhado à autoridade judiciária. Incide aqui o artigo 171 do ECA ao afirmar que o adolescente apreendido por força de ordem judicial será desde logo encaminhado à autoridade judiciária. Muitas vezes, ao ser levado à autoridade judiciária, essa apenas faz o encaminhamento para cumprir a MSE. Essa medida pode ser mais branda que a internação. É o exemplo da semiliberdade. Assim, na prática, o adolescente é apreendido e aguarda em entidade que se assemelha a uma internação e, quando levado ao magistrado, há o encaminhamento à unidade de semiliberdade. Em outras palavras: ele permaneceu em situação mais gravosa que a disposta na própria sentença.

Na condução coercitiva, o adolescente é levado diretamente à entidade que irá cumprir sua MSE. Logo, se ele não iniciou o cumprimento de semiliberdade, expede-se o mandado de condução coercitiva e há o encaminhamento direto à unidade de semiliberdade.

Sabedor dessa realidade fática, a lei dispôs que o MBA tem vigência máxima de 6 meses. Isso serve para que o juízo controle melhor o mandado. É possível, por exemplo, que um MBA seja expedido, mas o juízo perceba que em 4 meses a pessoa irá completar 21 anos. Como se sabe, após os 21 anos não é possível cumprir nenhuma medida socioeducativa. Nessa linha, deve o magistrado estabelecer prazo máximo de 4 meses para o MBA.

É possível que o MBA seja renovado. Assumindo que somos isolados no assunto, sustentamos o seguinte: *"embora a lei não seja expressa, entendemos que a renovação só pode ocorrer por uma vez. Isso porque de nada adiantaria prever um prazo máximo para o mandado de busca e apreensão se ele pudesse ser renovado indefinidamente. Entretanto, importante reforçar, a lei não foi expressa no sentido do que estamos a afirmar."*[500]

---

[500] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei

3 - Da revisão de sanção disciplinar:

No artigo 48 da lei, há o procedimento para revisão de sanções disciplinares. O regime disciplinar é previsto no regimento interno de cada entidade de atendimento socioeducativo (artigo 71).

A aplicação de sanção pode ser revista judicialmente. Isso se aplica para qualquer sanção aplicada, inclusive as leves.

O artigo 48, § 1° disciplina rapidamente o procedimento: deve ser ouvida a autoridade colegiada que aplicou a sanção e, havendo provas a produzir em audiência, essa será designada e instruída com relatório da equipe técnica do programa de atendimento e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pelo juízo (artigo 42, § 1°). Isso ocorrerá nos próprios autos da execução (artigo 21, § 3° da resolução 165 do CNJ).

O isolamento de adolescente é medida extremamente gravosa e invasiva, mas por vezes necessária. Pela sua relevância, a lei preferiu dispor sobre os requisitos para o isolamento. Assim, não cabe ao regimento interno da entidade de atendimento disciplinar a matéria de forma diferente.

Os requisitos do isolamento são:

a. Imprescindibilidade para a garantia da segurança de outros internos ou do próprio adolescente;
b. Comunicação ao defensor, Ministério Público e autoridade judiciária em 24 horas.

A comunicação aos integrantes do sistema de justiça se faz necessária porque a "segurança de outros internos ou do adolescente" representam critérios subjetivos que podem ser objeto de nova análise pelo magistrado.

CAPÍTULO 5 – DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

1 - Considerações gerais:

O artigo 49 do SINASE traz um rol de direitos individuais a todos que estejam cumprindo medidas socioeducativas. Diferente do que ocorre no artigo 124 do ECA, o artigo 49 do SINASE não limita sua abrangência aos adolescentes "privados de liberdade". Logo, os direitos previstos são aplicáveis também a quem cumpre MSE de meio aberto.

A maioria dos direitos ali previstos é de simples compreensão, tal como ocorre com o inciso III que assegura o respeito da personalidade, intimidade, liberdade de pensamento e religião. Mesmo que não houvesse disposição expressa, esses direitos já estariam resguardados porque representam a personalidade do indivíduo.

É assegurado também que haja saída monitorada para tratamento médico, doença grave ou falecimento, devidamente comprovados, de pai, mãe, filho, cônjuge, compa-

---

12.594/12. Op. Cit. pág. 130.

nheiro ou irmão, com imediata comunicação ao juízo (artigo 50). Assim, não se faz necessária autorização judicial prévia, mas tão somente uma comunicação posterior.

Feita essa análise geral, partiremos para o inciso mais importante do artigo 49.

2 - A superlotação nas unidades socioeducativas e o artigo 49, II do SINASE:

Considerando a sistêmica superlotação nas unidades socioeducativas brasileiras, o artigo 49, II confere o direito ao adolescente de ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação de liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em unidade mais próxima de seu local de residência.

A transferência de medida de meio fechado para programa de meio aberto, nesse caso, não se confunde com a reavaliação (artigo 42 do SINASE). Com efeito, na reavaliação, o juízo verifica a evolução socioeducativa do adolescente e decide qual a medida mais adequada para o atual momento vivido pelo socioeducando. Por outro lado, no artigo 49, II não há necessidade de avaliar o progresso socioeducativo. Se houver adolescente cumprindo medida em unidade superlotada, deverá ser transferido para o meio aberto.

Importante acrescentar uma observação: se o adolescente está internado em unidade superlotada, seu direito é ser transferido ao meio aberto; logo, não cabe transferência para a semiliberdade porque essa é medida de meio fechado. Nada impede, porém, que o juízo antecipe a reavaliação do adolescente e verifique que ele possui condições para cumprir semiliberdade. Nesse caso, se a unidade de semiliberdade tiver vagas, ele cumprirá a medida de meio fechado e restará prejudicado o pedido de transferência para o meio aberto com base no artigo 49, II do SINASE.

Apesar da literalidade legal, o STJ flexibiliza esse dispositivo e afirma que nos casos de ato infracional cometido com violência ou grave ameaça (segunda parte do inciso II) é possível que o adolescente cumpra a medida em unidade que não seja a mais próxima de sua residência:

> *(...) De outro lado, nos termos do art. 124, VI, da Lei n. 8.069/1990 e art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012, é direito do adolescente que praticou ato infracional sem violência ou grave ameaça permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsáveis. Contudo, esta Corte Superior de Justiça tem assentado que referido direito não é absoluto e deve ser analisado considerando-se as peculiaridades do caso concreto, tais como o histórico infracional do paciente, o ato infracional praticado, a necessidade de manutenção da medida expressa no relatório técnico, o plano individual de atendimento, o fato de o paciente estar cumprindo a medida aplicada em distrito próximo aos genitores ou responsáveis ou a necessidade de afastá-lo do meio criminoso. Precedentes.*
>
> *- A definição de medida ressocializadora mais adequada deve ser capaz de retirar o menor de eventual situação de risco, circunstância que se amolda ao caso em tela, pois o paciente apresenta histórico infracional, com a aplicação de medida mais*

> *branda, a qual não foi capaz de afastá-lo do meio criminoso.*[501]

É preciso deixar claro que "o STJ efetivamente flexibiliza a segunda parte do inciso que confere direito à internação em unidade mais próxima de seu local de residência nos casos de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, a flexibilização jurisprudencial se refere somente ao direito de cumprir a medida em unidade que não seja a mais próxima da residência do adolescente. A Corte Superior não entende que nos atos infracionais cometidos com grave ameaça ou violência é possível cumprir a MSE em unidade com lotação acima da capacidade."[502]

A superlotação em unidades socioeducativas prejudica os objetivos das medidas. O transporte de adolescentes para o colégio é feito de forma precária. Por vezes, para atender as necessidades educacionais, algumas unidades inauguram o "terceiro turno" com aulas que começam no período da noite, com adolescentes cansados e pouco dispostos a estudar. Além disso, há desproporcionalidade entre o quantitativo de adolescentes e de profissionais da equipe técnica que, apesar da dedicação e esforço, não conseguem dar conta das entrevistas com os internos e suas famílias. No mesmo sentido, a prática de esportes e a profissionalização são afetadas.

Diante desse cenário, a socioeducação não cumpre seu papel e a sociedade, que tanto clama por justiça e segurança, apenas gastou seu dinheiro de tributos para piorar a vida do adolescente que fatalmente voltará a delinquir. A mesma sociedade que pretende viver em segurança não quer dar atenção adequada a um sistema de socioeducação. Difícil de entender!

Em razão de toda essa situação, a Defensoria Pública do Espírito Santo impetrou *habeas corpus* coletivo para reduzir a superlotação em unidade socioeducativa daquele Estado.

O caso chegou ao STF e o Ministro Edson Fachin, no HC 143988 deferiu a liminar e determinou o seguinte:

> a. Que a unidade alvo do HC ficasse com lotação máxima de 119% de sua capacidade. Esse percentual foi extraído da taxa média de internos de 16 Estados, segundo pesquisa do CNMP. Logo, os adolescentes deveriam ser transferidos para unidades próximas que não tivessem alcançado 119% de sua capacidade;
>
> b. Não havendo unidades em condições de receber os adolescentes e manter o teto de 119% da capacidade, deveria ser aplicado o artigo 49, II do SINASE, com colocação em meio aberto;
>
> c. Passada a fase anterior, o juízo deveria converter as internações em internações domiciliares.

Após a concessão da liminar vários Estados pediram a ampliação de efeitos do HC

---

[501] STJ - HC 440.198/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018.

[502] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 135.

e isso foi deferido, tendo em vista que a superlotação de unidades socioeducativas não é exclusividade do Espírito Santo.

Interessante consignar que o voto se referiu diversas vezes ao princípio do *numerus clausus*. Por tal princípio, a fim de manter as unidades em condições dignas, para cada adolescente que ingressasse, deveria haver um a sair.

Entendemos que o melhor caminho para solucionar esse problema, é adotar a "central de vagas" a exemplo do que acontece com os leitos públicos de UTI e CTI. Nessa central haveria uma "fila de espera" para a socioeducação. Adolescentes que praticaram atos mais graves seriam incluídos antes, ao passo que adolescentes com atos menos graves ficariam no final da fila.

Seguindo esse caminho, não haveria superlotação e tampouco impunidade porque aquele que se dedique a praticar atos infracionais certamente seria internado, ao passo que o neófito na vida contrária à lei não ingressaria em sistema superlotado.

CAPÍTULO 6 – CAMINHO SOCIOEDUCATIVO

1 - Introdução:

Nominamos esse capítulo de "caminho socioeducativo" porque iremos abordar o que acontece na prática quando o adolescente cumpre a medida.

É claro que existem várias peculiaridades e incidentes que podem ocorrer no curso da socioeducação – inviável imaginar todos e transformar em palavras de livro. Entretanto, é fundamental analisar o plano individual de atendimento; a atenção à saúde; visitação e o regime disciplinar.

2 - Plano individual de atendimento:

O artigo 52 e seguintes trata do plano individual de atendimento (PIA). Encontramos também na medida protetiva de acolhimento institucional a previsão de plano individual de atendimento (art. 101, § § 4° a 6° do ECA).

O PIA é instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente (artigo 52). O que ele busca é traçar uma estratégia para promover a socioeducação.

Muitas vezes a equipe técnica, após várias entrevistas, percebe que o adolescente praticou o ato com o objetivo de chamar a atenção do pai, que era ausente de sua vida. Nesse caso, o melhor caminho é buscar o fortalecimento do vínculo familiar paterno.

Em outros casos, percebe-se enorme defasagem escolar. O PIA deve prever, portanto, algum programa de aceleração do conhecimento para colocar o adolescente cursando a escola em nível que esteja de acordo com sua idade.

Interessante situação ocorreu na vida desse autor, quando atendeu a uma adolescente homossexual. Sua família, por motivos religiosos, não aceitava sua sexualidade. A adolescente se sentiu desamparada e foi morar na rua, tendo conhecido pessoas já envolvidas na vida delinquente, o que acabou culminando na prática de ato infracional análogo a

latrocínio tentado (ou seja, extremamente grave).

A equipe técnica da unidade de internação fez brilhante trabalho de conscientização da família que passou a aceitar a opção sexual da adolescente e a acolheu em casa. Não há dúvida que a estratégia socioeducativa foi bem planejada e, até onde se acompanhou, a adolescente não voltou a praticar atos infracionais.

Isso demonstra a importância do PIA que é instrumento de concretização do princípio da individualização da medida socioeducativa (artigo 5°, inciso XLVI da CRFB – embora a Constituição se refira à pena, não temos dúvida em afirmar que também se aplica às MSEs).

Vale terminar esse tópico com a seguinte observação: o plano é **individual**! Não cabe trazer no documento propostas genéricas e metas abstratas. Exemplo: meta de levar uma vida honesta. Nesse caso não há individualização. A meta precisa ser bem definida como, por exemplo, adiantar os estudos; se profissionalizar e entrar em programa de jovem aprendiz; restabelecer o contato com a família paterna, etc.

3 - Da atenção à saúde:

O fato de estar cumprindo medida socioeducativa não retira do adolescente seus direitos básicos, dentre os quais se destaca a saúde. A matéria vem regulamentada a partir do artigo 60. Há previsão de direitos **mínimos** aos socioeducandos, notadamente aqueles que estejam em medida de privação de liberdade. É o que se vê no artigo 62 que determina a existência de equipe de profissionais de saúde na entidade que ofereça programa de privação de liberdade.

Os casos de transtorno mental, deficiência mental, dependência de álcool e substância psicoativa foram especificados a partir do artigo 64.

Em hipóteses excepcionais, é possível a suspensão da execução da medida socioeducativa para que o adolescente seja incluído em programa de atenção integral à saúde mental que melhor atenda aos objetivos terapêuticos do caso concreto (artigo 64, § 4°).

Em todo caso, mesmo que não seja hipótese de suspensão da medida socioeducativa, o adolescente deve ser levado para atendimento médico fora da unidade se essa não for capaz de resolver o problema.

4 - Da visitação:

A presença da família e de pessoas próximas é essencial na socioeducação.

Por isso, o direito à visitação tem previsão legal. Caso o adolescente seja casado ou viva, comprovadamente, em união estável, há também direito à visita íntima.

Não vemos empecilho a restrições razoáveis na visitação. Exemplo: o adulto que praticou o ato junto com o adolescente não poderá visitá-lo, desde que não seja integrante da família. Nesse caso, a restrição visa justamente proteger o adolescente do contato com o mundo fora da lei. É sabido também que muitas vezes o ingresso de pessoas envolvidas com o crime serve para "passar recados e dar ordens" para que adolescentes cometam atos dentro da unidade.

Entretanto, a restrição não pode ser arbitrária e por isso precisa ser fundamentada.

Por fim, nem todos os objetos levados pelo visitante serão aceitos. O regimento interno de cada unidade estabelecerá hipóteses de proibição de alguns objetos (artigo 70).

5 - Do regime disciplinar:

A lei do SINASE cuida do regime disciplinar entre os artigos 71 e 75. Não podemos esquecer, porém, que o artigo 48, § 2° cuida da excepcional hipótese de isolamento como sanção disciplinar.

As entidades de atendimento deverão fazer a previsão do regime disciplinar. O SINASE trouxe parâmetros mínimos para essa previsão. Além disso, as garantias processuais destinadas a adolescente autor de ato infracional previstas no ECA também se aplicam nessa seara administrativa (artigo 49, § 1° do SINASE).

Não temos bons olhos à estipulação de regime disciplinar em cada entidade de atendimento. É claro que as entidades possuem especificidades que devem ser consideradas, mas o ideal seria ter um regimento base a ser aplicado em todas as entidades estaduais e caberia ao regimento específico das entidades cuidar apenas das singularidades.

O artigo 71, I esclarece que o regimento de cada entidade fará tipificação das infrações como leves, médias e graves e determinará as correspondentes sanções. A lei de execuções penais teve maior rigor, pois já houve determinação das faltas graves para quem cumpre pena privativa de liberdade e para quem cumpre pena restritiva de direito (artigos 50 e 51 da LEP, respectivamente).

Nessa linha de raciocínio, e coerentes com nossa posição no sentido de que a vedação ao tratamento mais gravoso é um princípio geral do Direito da Criança e do Adolescente, dissemos o seguinte a respeito das faltas estarem previstas no regimento interno da entidade:

"Isso não quer dizer que haja inconstitucionalidade ou mesmo contradição com o princípio da proibição do tratamento mais gravoso (artigo 35, I do SINASE), vez que o regimento interno pode prever tipificação mais vantajosa que a LEP. Por outro lado, não podemos aceitar que o regimento da entidade seja mais rígido que os artigos 50 e 51 da LEP, sob pena de afronta ao princípio acima mencionado.

Portanto, concluímos que o SINASE, com base no artigo 35, I, limita o regimento interno de cada entidade à previsão da LEP no que toca às faltas disciplinares e sua tipificação como leves, médias e graves. É de se dizer: o regimento interno da unidade nunca poderá tipificar como falta grave uma conduta que não esteja prevista para os adultos no artigo 50 da LEP. Em relação às faltas leves e médias, o regimento interno não poderá prever nada que seja mais gravoso do que a previsão feita pela legislação local, já que a essa cabe a tipificação em relação ao adultos, conforme artigo 49 da LEP."[503]

Essa mesma limitação deve servir também para as sanções disciplinares que devem ter limitação nos parágrafos do artigo 45 da LEP que cuidam do assunto em relação aos adultos.

O contraditório e a ampla defesa também devem ser observados no procedimento

---

[503] SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12. Op. Cit. pág. 156.

disciplinar. Por isso, o adolescente deve ser ouvido nos casos de instauração do processo (artigo 71, III).

A participação da defesa técnica é indispensável. A súmula vinculante 5 do STF ao afirmar que "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição" não se aplica ao caso, já que os precedentes que a formaram dizem respeito a procedimento envolvendo regime disciplinar no âmbito do serviço público. O próprio STF já consagrou que a súmula não é aplicável no PAD oriundo da Lei de Execuções Penais. De acordo com o Pretório Excelso, por estar em jogo a liberdade de ir e vir, se faz necessária defesa técnica.[504]

O STJ também fixou posicionamento no sentido da necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar no âmbito da LEP. Nessa linha é o verbete sumular 533: *"Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado."*

Tanto o STF quanto o STJ se referem à execução penal, mas por similitude de razões, a garantia de defesa técnica deve ser assegurada no âmbito da execução de medidas socioeducativas.

Outras garantias são previstas no rol do artigo 71 como a sanção de natureza determinada (inciso IV), enumeração das causas ou circunstâncias que eximam, atenuem ou agravem a sanção (inciso V), enumeração das garantias de defesa (inciso VI), garantia de solicitação e rito de apreciação dos recursos (VII) e composição da comissão disciplinar que não pode ter a participação de socioeducando (inciso VIII do artigo 71 e artigo 73).

O artigo 75 faz previsão de causas que excluem a sanção disciplinar: coação irresistível, força maior e legítima defesa própria ou de outrem.

É claro que as sanções disciplinares devem ter sua aplicação sem demora, sob pena de perderem seu caráter pedagógico. De nada adianta esperar meses para que a pena disciplinar seja aplicada.

Por esse motivo, entendemos perfeitamente aplicável o instituto da prescrição para as faltas disciplinares.

O STF já enfrentou o tema quando tratou das sanções disciplinares dos adultos na LEP e entendeu que deveria aplicar o menor prazo contido na lei penal.[505]

Atualmente o menor prazo de prescrição previsto na lei penal é de 3 anos, de acordo com o artigo 109, VI do CP.

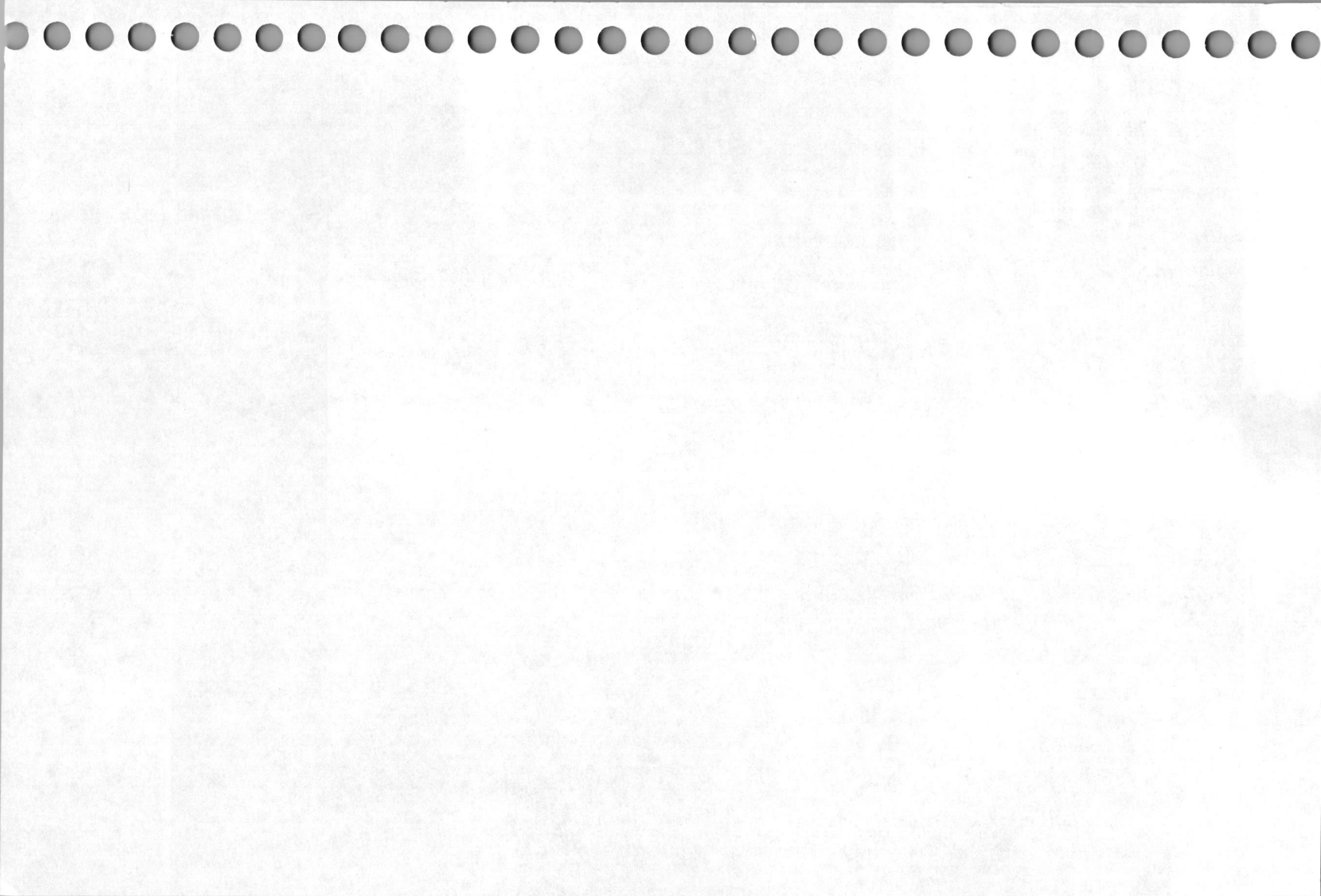
Todavia, como estamos diante de execução de medida socioeducativa, deve ser aplicado o artigo 115 do CP que trata da redução pela metade dos prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 anos ou na data da sentença, maior de 70 anos. Em se tratando de socioeducação, todos os abrangidos serão menores de 21 anos porque após esse marco temporal nenhuma MSE pode ser executada ou aplicada. Logo, o prazo de 3 anos deve ser reduzido pela metade, o que

---

[504] STF – RE 398269/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/12/2009.

[505] STF – HC 114422/RS, rel. Min Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 6 de maio de 2014.

confere às sanções disciplinares no âmbito do SINASE o prazo de 1 ano e 6 meses de prescrição.

Bibliografia

BIBLIOGRAFIA

ABERASTURY, Arminda. Adolescência normal, por Arminda Aberastury e Maurício Knobel. Trad. de Suzana Maria Garagoray Ballve. Porto Alegre, Artes Médicas, 1981.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da Criança e do Adolescente. Coleção Sinopses para concursos – coord. Leonardo Garcia. 7ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

___________. Estatuto da Criança e do Adolescente – Leis Especiais para Concursos/ vol 2 – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 12ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018.

BERGAMINI, José Carlos Loitey. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. As regras gerais de processo. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

___________. Recursos. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

___________. Adoção. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro – 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

CÁPUA, Valdeci Ataíde. Adoção internacional: procedimentos legais. 1ª ed. (ano 2009), 2ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO, Márcio Pinho de. Execução de medidas socioeducativas – Prática processual de aplicação da Lei do SINASE e da Resolução no 165 do Conselho Nacional de Justiça – Rio de Janeiro: Processo, 2018.

CONDAK, Cláudia Canto. Dos crimes. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COSTA, Ana Paula Motta. As garantias processuais e o Direito Penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir. Coordenadores. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. – 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

DIDER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. – Salvador: ed. Juspodivm, 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo. . In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

DUPRET, Cristiane. Curso de direito da criança e do adolescente. 3 ed. – Belo Horizonte: Letramento, 2015.

Entenda como é o parto humanizado, disponível em [https://bebe.abril.com.br/gravidez/entenda-como-e-o-parto-humanizado/]

ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 3ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias – 9. Ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FÉLIX, Renan Paes. Estatuto do Idoso – coordenador Leonardo de Medeiros Garcia – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Gonçalves, Hebe S. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais volume único/ coordenador Leonardo de Medeiros Garcia – 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência – 17 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 11ª edição, revista e ampliada. – São Paulo: Malheiros, 2010.

____________. Manual de Adoção Internacional. 1 edição - São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. CYRINO, Públio Caio Bessa. Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

____________. Procedimento de apuração de irregularidades em entidade de aten-

dimento. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cléber. Direito penal – vol 1 – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2017.

MARTINS, Anísio Garcia. O Direito do Menor. São Paulo: editora universitária de direito, 1988.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses – 23 ed. rev., ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Eduardo Rezende de. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDEZ, Emílio Garcia. Das necessidades aos direitos – São Paulo: editora Malheiros, 1994.

___________. Infância e cidadania na América Latina – São Paulo: editora Hucitec, 1998.

MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helane Vieira. Da prática do ato infracional. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único – 10. Ed. – Salvador: ed Juspodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACHI, Carlos Eduardo. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir. Coordenadores. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. – 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: editora CEI, 2020.

PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2018.

___________. PAIVA, Caio. Direito da Criança e do Adolescente: Jurisprudência resumida e separada por assunto do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Comitê da ONU sobre Direitos da Criança. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PETRY, Rafael. VERONESE, Josiane Rose Petry. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 1 ed. Salvador: editora Juspodivm, 2009.

PORTO, José Roberto de Mello. Estatuto da Juventude e da Primeira Infância – Salvador: Juspodivm, 2017.

RAMIDOFF, Mário Luiz. SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012 – São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos – 5 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Infrações administrativas. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

___________. Procedimento das infrações administrativas. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RICHTER, Daniela. VIEIRA, Gustavo Oliveira. TERRA, Rosane Mariano da Rocha Barcelos. A proteção internacional da infância e juventude: perspectivas, contextos e desafios. In PES, João Hélio Ferreira (coord.). Direitos Humanos crianças e adolescentes. 1 ed. – Curitiba: Juruá, 2010.

ROSA, Rodrigo Zoccal. Das medidas socioeducativas e o ato infracional (do ECA ao SINASE) – 2 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo – 9 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa. VERONESE, Josiane Rose Petry. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

SANCHES, Rogério, apud Comentários à Lei 13.715/2018, que ampliou as hipóteses de perda do poder familiar decorrente da prática de crimes. Dizer o Direito, 27 de setembro de 2018. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/comentarios-lei--137152018-que-ampliou.html> Acesso em 6 de julho de 2019, 19 horas.

SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Mariana Gomes dos. A suspensão e a perda do poder familiar: dobra punitiva do Estado. In Revista de Direito da Defensoria Pública – v. 26, n. 27 (dezembro) – Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2017.

SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. O homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral. 5ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SEABRA, Gustavo Cives. Defensoria Pública – Leis Especiais para Concursos, v.9/ coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 9 edição, revista, ampliada e atualizada – Salvador: Juspodivm, 2018.

___________. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei 12.594/12 – Leis Especiais para Concursos, v.48/coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 2 edição, revista, ampliada e atualizada – Salvador: Juspodivm, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. – 2 ed. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. CURY, Munir. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A influência da Lei 13.509/2017 no cotidiano da Defensoria Pública. Conjur, 28 de novembro de 2017. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/tribuna-defensoria-influencia-recente-lei-135092017-cotidiano-defensoria> Acesso em 9 de julho de 2019, às 17 horas e 50 minutos.

SPOSATO. Karyna Batista. Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista – São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos – coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9ª edição – Salvador. Ed. Juspodivm.

VIEIRA, Enio Gentil. In VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVERIA, Mayra. CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais – 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

ZAPATA, Fabiana Botelho. FRASSETO, Flávio Américo. GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Direitos da criança e do adolescente; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (coleção Defensoria Pública: ponto a ponto).